المبادئ الدستورية العامة

ماهية الدساتير - أساليب نشأة الدساتير
أنواع الدساتير - تعديل الدساتير
طبيعة أحكام الدساتير وطرق كفالة احترامها
أساليب انتهاء الدساتير

دكتور
ابراهيم عبد العزيز شيحا
كلية الحقوق جامعة الاسكندرية وبيروت العربية

١٩٨٢

الدار الجامعية
للطباعة والنشر
بيروت - ص . ب ٩٢٢٢

اهداءات ٢٠٠٢
حرم أ.د/ محسن خليل
الإسكندرية

المبادئ الدستورية العامة

المبادئ الدستورية العامة

ماهية الدساتير - أساليب نشأة الدساتير
أنواع الدساتير - تعديل الدساتير
طبيعة أحكام الدساتير وطرق كفالة إحترامها
أساليب انتهاء الدساتير

دكتور
ابراهيم عبد العزيز شيحا
كلية الحقوق جامعة الاسكندرية وبيروت العربية

١٩٨٢

الدار الجامعية
للطباعة والنشر
بيروت. ص. ب: ٩٢٢٢

تمهيد وتقسيم : ـ

لئن كانت دراستنا تقوم بصفة أساسية على تحليل النظام الدستوري الحالي في جمهورية لبنان تبعاً لاحكام الدستور الصادر عام ١٩٢٦ وما طرأ عليه من تعديلات متلاحقة ، فان هذا التحليل لن يكون ـ في اعتقادي ـ شاملاً وافياً إلا بعد التمهيد له بدراسة المبادىء الدستورية العامة والتي تعتبر مقدمة ضرورية بل ولازمة لتحليل اي نظام دستوري وضعي . اذ يجب ان يكون الباحث او المحلل لاي نظام دستوري على معرفة بماهية الدساتير وطرق وضعها وأساليب نشأتها وأنواعها ، ومدى طبيعة أحكامها وطرق كفالة احترامها ثم اساليب انتهائها .

ويستطيع الباحث بعد الالمام بهذه المبادىء الوقوف على كنه الدستور محل البحث والتحليل ، وعلى اسلوب نشأته ـ ديمقراطياً أو غير ديمقراطياً ـ وطبيعته اي ما اذا كان دستوراً مكتوباً أو عرفياً ، مرنا او جامداً ، وكذلك مظاهر الجمود التي يتضمنها الدستور اذا كان يتسم بسمة الجمود ، وطبيعة احكامه وموقفه من مشكلة الرقابة على دستورية القوانين . . . . إلى غير ذلك من المسائل التي تمكن الباحث من التعرف على موقف الدستور من الدساتير المتمدينة او غير المتمدينة .

على هذا النحو سوف نقسم الدراسة في هذا المؤلف الى بابين متتالين على النحو التالي.

الباب الأول: في المبادىء الدستورية العامة.

الباب الثاني: في تحليل النظام الدستوري في جمهورية لبنان. (صدر في ملحق خاص).

الباب الأول

المبادىء الدستورية العامة

تقتضي دراسة المبادىء الدستورية العامة أن نتعرض لماهية الدساتير، وأساليب نشأتها، وأنواعها، وكيفية تعديلها، وطبيعة أحكامها وطرق كفالة احترامها وفي النهاية نعرض لأساليب انتهائها.

وتستوجب دراسة هذه الموضوعات المتعددة أن نفرد لكل منها فصلاً مستقلاً.. وعلى هذا النحو سوف نقسم هذا الباب إلى الفصول الستة التالية:

الفصل الأول: في ماهية الدساتير.
الفصل الثاني: في أساليب نشأة الدساتير.
الفصل الثالث: في أنواع الدساتير.
الفصل الرابع: في تعديل الدساتير.
الفصل الخامس: في طبيعة أحكام الدساتير وطرق كفالة احترامها.
الفصل السادس: في أساليب انتهاء الدساتير.

الفصل الأول
ماهية الدساتير

للوقوف على ماهية الدساتير ينبغي أن نتعرض بالدراسة لموضوعات ثلاثة :

أول هذه الموضوعات هو تحديد المدلول الفني أو الإصطلاحي للدستور ، وثاني هذه الموضوعات هو تحديد موقف الدستور من قضيتي السلطة والحرية ، وآخر هـذه الموضوعـات هو مـدى إمكـان القول بوجود الـدستور في الـدول الناقصة السيادة .

ولدراسة هذه الموضوعات نرى تقسيم هذا الفصل إلى المباحث الثلاثة التالية :

المبحث الأول : في تحديد المدلول الفني أو الاصطلاحي للدستور .

المبحث الثاني : في موقف الدستور من قضيتي السلطة والحرية .

المبحث الثالث : في مدى إمكان القول بوجود الدستور في الدول الناقصة السيادة .

المبحث الأول

تحديد المدلول الفني أو الاصطلاحي « للدستور »

La Constitution

لا شك أن أول ما يجول في خاطر الدارس للقانون الدستوري[1] هو الوقوف

(١) لم يعرف اصطلاح القانون الدستوري Le Droit constitutionnel إلا في عام ١٨٣٤ عندما قرر جيزو Guizot ،الذي كان يعمل وزيراً للمعارف في عهد حكومة الملك لويس فيليب ،تدريس مادة القانون الدستوري كمادة ـ مستحدثة في كلية الحقوق بجامعة باريس ، وقد تقرر ذلك بالأمر الصادر في ٢٢ أغسطس عام ١٨٣٤ الذي نص على أن الغرض من تدريس هذا القانون هو شرح أحكام الوثيقة الدستورية وضمانات الحقوق الفردية وكذلك النظم السياسية التي قررتها الوثيقة المذكورة .

غير أن هذا الاصطلاح (القانون الدستوري) لم يكتب له الاستقرار بصفة نهائية في ذلك الحين ، إذ تم الغاء كرسي القانون الدستوري مع قيام امبراطورية لويس نابليون عام ١٨٥٢ واستبدل به كرسي القانون العام حيث تم فيه ادماج مادتي القانون الدستوري والقانون الإداري . غير أنه مع قيام الجمهورية الثالثة عام ١٨٧٥ استقلت مرة أخرى مادة القانون الدستوري وتقرر تدريسها في قسم الدكتوراه عام ١٨٨٢ وفي قسم الليسانس عام ١٨٨٩ . واستقر ـ منذ ذلك التاريخ ـ اصطلاح القانون الدستوري في فرنسا .

أما في مصر فإن اصطلاح القانون الدستوري لم يعرف إلا في وقت حديث ، وعلى وجه التحديد بعد صدور دستور ١٩٢٣ . أما قبل ذلك فكانت تستعمل عبارة « القانون الأساسي أو القانون النظامي أو نظام السلطات العامة » وذلك للدلالة على ما نطلق عليه حالياً القانون الدستوري . غير أنه قد شاع بصدور دستور ١٩٢٣ استعمال تعبيري « القانون الدستوري » و« الدستور » .

راجع الدكتور عبد الفتاح سايردار ، مبادىء القانون الدستوري ، ص١٢٥ ، الدكتور ثروت بدوي ، القانون الدستوري وتطور الأنظمة الدستورية في مصر ، ١٩٧١ ص ٨ وما بعدها ، الدكتور رمزي طه الشاعر : النظرية العامة للقانون الدستوري والنظام الدستوري للجمهورية العربية المتحدة ، ١٩٧٠ ، ص٢٩ ، الدكتور محمد حسنين عبد العال : القانون الدستوري ، ١٩٧٥ ، ص١٢ ، الدكتور محمد كامل ليله : القانون الدستوري ، ١٩٦٧ ، ص٢٠ ، والدكتور محسن خليل : النظم السياسية والدستور اللبناني ، ١٩٧٩ ، ص٥ .

وراجع بالنسبة لنشأة القانون الدستوري في فرنسا

Maurice Duverger. Droit constitutionnel et institutions politiques - thèmis - 1955, p.1.

ـ بادىء ذي بدء ـ على تحديد المدلول الفني أو الاصطلاحي لتعبير الدستور[١]؛

---

(١) أما عن المدلول اللغوي لتعبير الدستور فالراجح أن كلمة «دستور» ليست عربية المنبت، وإنما هي كلمة فارسية الأصل. وتعني الأساس أو القاعدة كما تعني الأذن أو الترخيص، وتعبير دستور يقابله في اللغة الفرنسية اصطلاح Constitution ويعني التأسيس أو البناء أو التنظيم.

وتبعاً للمعنى اللغوي السابق ايضاحه يتسع مفهوم الدستور بالنسبة للدولة، ليشمل مجموعة القواعد القانونية التي تتصل بالدولة في أساسها وتكوينها وشكلها. وتتسع تبعاً لذلك دراسة القانون الدستوري لتشمل فضلاً عن القواعد المتعلقة بالسلطة السياسية وتنظيمها، كل ما يتعلق بنظام السلطتين الادارية والقضائية باعتبارهما من السلطات العامة في الدولة، فضلاً عن القواعد والأحكام المتعلقة بتكوين الجماعة التي تتكون منها الدولة.

وعلى هذا النحو يتسع القانون الدستوري ليشمل دراسة كل ما يتعلق بوجود الدولة ومقوماتها وعناصر تكوينها، ومن ثم فلا يقتصر هذا المدلول على بيان الأحكام والقواعد المنظمة لشئون الحكم في الدولة فقط، وإنما يمتد ليشمل نظامها الإداري ونظامها القضائي فضلاً عن مسائل الجنسية. هذا ويلاحظ أن المدلول اللغوي السابق هو المتبع لدى الفقهاء الإنجليز إذ جاءت تعريفاتهم للقانون الدستوزي متأثرة تماماً بالمدلول اللغوي فيشمل هذا القانون في نظرهم كل ما يتصل بالدولة في أساسها وفي تكوينها ونظام السلطات العامة فيها. وهو على حد قولهم مجموعة القواعد التي تحدد ـ بطريق مباشر أو غير مباشر ـ تكوين الدولة إذ يقول دايسي في هذا الخصوص:

«Constitutional law, as the term is used in England appears to include all rules which directly or indirectly affect the distribution or the exercise of the sovereign power in the state». Dicey: Introduction to the study of the law of constitution 1952. P. 23.

ويشير الفقه المصري إلى صعوبة الأخذ بهذا المدلول اللغوي لما يتضمنه من معنى واسع يصطدم بالإعتبارات الأكاديمية والتقاليد الجامعية التي سادت البلاد اللاتينية والبلاد الأخرى التي حذت حذوها في مجال الدراسات القانونية، إذ استقرت التقاليد على قصر مدلول القانون الدستوري على مجموعة القواعد المتعلقة بالتنظيم السياسي للدولة والتي تشمل تنظيم السلطات الحاكمة أو العليا في الدولة، وإخراج الموضوعات المتعلقة بالسلطة الإدارية والسلطة القضائية ومسائل الجنسية من نطاقه، فيدخل دراسة السلطة الادارية في مادة القانون الاداري ويدخل دراسة السلطة القضائية في مادة الاجراءات المدنية والتجارية الجنائية ويدخل دراسة الجنسية في مادة القانون الدولي الخاص.

راجع في عرض المدلول اللغوي لتعبير الدستور والنقد الموجه له تفصيلاً الدكتور ثروت بدوي: المرجع السابق، ص١٣ وما بعدها، الدكتور رمزي الشاعر، المرجع السابق، ص٣١ وما بعدها، الدكتور يحيى الجمل: النظام الدستوري في جمهورية مصر العربية مع مقدمة في دراسة المبادىء الدستورية العامة، ١٩٧٤، ص١١ وما بعدها، الدكتور عبدالفتاح سايردابر، المرجع

وتواتر الفقه الدستوري في هذا الشأن على إبراز معنيين متمايزين لتعبير الدستور، وذلك حسب النظرة التي يوليها كل فقيه اهتمامه. فذهب البعض إلى وجوب الرجوع إلى المعيار الرسمي أو الشكلي[1] Le critère formel، بينما ذهب البعض الآخر إلى وجوب الرجوع إلى المعيار الموضوعي أو المادي Le critère matériel[2].

فماذا يعني الدستور إذن من الناحية الفنية أو الاصطلاحية تبعاً لهذين المعيارين؟

لتبيان ذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين متتاليين، نحدد في أولهما المقصود بالدستور تبعاً للمعيار الشكلي، ونحدد في الآخر المقصود بالدستور تبعاً للمعيار الموضوعي.

المطلب الأول

الدستور تبعاً للمعيار الشكلي[3]

يعتمد المعيار الشكلي في تحديد المعنى الفني أو الاصطلاحي لتعبير الدستور

= السابق ص١٣٠ وما بعدها، الدكتور عبدالحميد متولي، المفصل في القانون الدستوري، ص٢٣ وما بعدها، الدكتور محمود حلمي: المبادىء الدستورية العامة ١٩٦٦ ص١٣ وما بعدها، والدكتور طعيمة الجرف: القانون الدستوري ومبادىء النظام الدستوري في الجمهورية العربية المتحدة ١٩٦٤ ص٣٥ وما بعدها.

وراجع في هذا الخصوص من الفقه الفرنسي:

Marcel prélot. Institutions politiques et Droit constitutionnel. Précis Dalloz. 1972. p.31 et suiv.

(١) يسمى أيضاً بالمعيار العضوي Organique.

(٢) ويسمى أيضاً بالمعيار الوظيفي Fonctionnel.

راجع في ذلك:

Georges Vedel, Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques, 1968, 1969, P. 53.

(٣) من الجدير بالملاحظة إن ظهور المعيار الرسمي أو الشكلي في تعريف الدستور (أو القانون =

على الشكل أو المظهر الخارجي للقاعدة أو الجهة التي أصدرتها. وتبعاً لهذا المعيار يعني الدستور « مجموعة القواعد الأساسية المنظمة للدولة التي صدرت في شكل وثيقة دستورية من السلطة المختصة بذلك »[١] ، أو مجموعة القواعد التي تتضمنها الوثيقة المسماة بالدستور والتي لا يمكن أن توضع أو تعدل إلا بعد اتباع إجراءات خاصة تختلف عن تلك التي تتبع في وضع وتعديل القانون العادي[٢] .

= الدستوري) كان نتيجة انتشار حركة تدوين الدساتير. إذ لا يتصور القول بهذا المعيار والاعتاد عليه في تعريف الدستور إلا في البلاد ذات الدساتير المكتوبة ، لذلك كانت الدراسات الدستورية تدور - في نطاق هذه الدول - حول شرح الأحكام التي تضمنتها الوثائق الدستورية ، إذ سبق وأشرنا أن Guizot حين أدخل دراسة القانون الدستوري للمرة الأولى بكلية الحقوق بجامعة باريس قد حدد موضوعات هذه الدراسة طبقاً للأمر الصادر في ٢٢ أغسطس عام ١٨٣٤ بالموضوعات التي تضمنتها الوثيقة الدستورية الصادرة عام ١٨٣٠ ، راجع هامش (١) ص٩ من هذا المؤلف ، وانظر في ذلك أيضاً الدكتور محمد حسنين عبد العال ، المرجع السابق ، ص١٤ والدكتور ثروت بدوي. المرجع السابق ، ص٢٠ ، والدكتور طعيمة الجرف ، المرجع السابق ، ص٥٤ .

(١) الدكتور عثمان خليل: المبادىء الدستورية العامة ، ١٩٥٦ ، ص١٧ .

(٢) راجع في هذا المعنى : الدكتور ثروت بدوي ، المرجع السابق ، ص٢٠ ، الدكتور مصطفى أبو زيد ، النظام الدستوري للجمهورية العربية المتحدة ١٩٦٦ ، ص٧٥ ، الدكتور عبدالحميد متولي : القانون الدستوري والانظمة السياسية ، ١٩٦٦ ، ص١٩ ، الدكتور محمد حسنين عبد العال ، المرجع السابق ، ص١٣ . الدكتور رمزي الشاعر : المرجع السابق ، الخ ، والدكتور الشافعي محمد بشير ، القانون الدستوري والنظم السياسية السودانية الجزء الأول ١٩٧٠ ، ص٨ .

وانظر في هذا الخصوص من الفقه الفرنسي :

Andre Hauriou, Droit constitutionnel et institutions politique, 1975, P. 322.

حيث يقول :

«au sens formel la constitution d'un pays est un ensemble de règles édictées et revisées selon une procedure spéciale. et supérieure à celle utilisée pour les autres règles juridiques».

وراجع أيضاً :

= Henri Victor Mallard, Dossiers de droit constitutionnel, 1973, P. 32. =

وعلى هذا النحو يعني الدستور - تبعاً للمعيار الشكلي - الوثيقة الدستورية ذاتها بما تتضمنه من أحكام وقواعد. ويترتب على ذلك وجوب اعتبار كل قاعدة منصوص عليها في صلب هذه الوثيقة قاعدة دستورية. بينما لا تعتبر كذلك كل قاعدة لم تتضمنها هذه الوثيقة حتى لو كانت من حيث طبيعتها أو في جوهرها قاعدة دستورية[1].

ويخلص الفقه الدستوري تبعاً لما سبق إلى أن القانون الدستوري يكون طبقاً للمعيار الشكلي هو الدستور المطبق فعلاً في وقت معين وفي بلد معين والمدون في وثيقة رسمية تسمى «الدستور». وبالتالي يكون نطاق دراسة القانون الدستوري - حسب هذا المعيار - محصوراً في شرح وتفسير نصوص وصفية مدونة في وثيقة رسمية أي شرح قانون الدستور. وبذلك يلتقي في نظر هذا الفقه القانون الدستوري مع قانون الدستور[2].

= Claude leclercq : Institutions politiques et droit constitutionnel, deuxième édition P. 78.

Georges Vedel op. cit, P. 54 et suiv.

Michel Henry Fabre: Principes républicains de droit constitutionnel, 1977, P. 154.

Jacques Cadart: institutions Politiques et droit constitutionnel 1975, T.I, P. 114.

Pierre Pastet: Institutions politiques et droit constitutionnel, 1978, P. 29.

Benoit Jeanneau: Droit constitutionnel et institutions juridique, 1978, P. 44.

(1) الدكتور يحيى الجمل، المرجع السابق، ص١٤.

(2) الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص٢٠، الدكتور محمد حسنين عبد العال، المرجع السابق، ص١٤، الدكتور عبد الفتاح سايرداير، المرجع السابق، ص١٣٦؛ الدكتور رمزي طه الشاعر، المرجع السابق، ص٤٢.

ونخص من الفقه المصري الذي اعتنق المعيار الشكلي في تعريف الدستور الدكتور أحمد عبد القادر الجمال حيث يقول في هذا الخصوص «ولعل تعريف الدستور بأنه الوثيقة التي تبين شكل الحكومة ونظام الحكم في الدولة هو أقرب التعاريف إلى الحقيقة». راجع مؤلفه: النظم الدستورية العامة في ضوء الاتجاهات الحديثة، ١٩٥٣، ص١٢.

تقدير المعيار الشكلي في تعريف الدستور:

إذا كان المعيار الشكلي يتسم على النحو السابق بالتحديد والوضوح في تحديد المعنى الفني أو الإصطلاحي للدستور[1]، حيث يعول هذا المعيار على مصدر القواعد الدستورية وشكلها وطريقة وضعها وتعديلها، بحيث يلزم أن تكون هذه القواعد - والتي تتضمنها الوثيقة الدستورية - صادرة عن سلطة مختصة هي السلطة التأسيسية وبإجراءات خاصة تختلف عن تلك التي تتبع بشأن القواعد الغادية التي تصدر عن المشرع العادي، فإن هذا المعيار يعتبر بحق أساس فكرة جمود الدساتير وسموّها على غيرها من القوانين العادية بما يترتب على ذلك من نتيجة غاية في الأهمية وهي عدم جواز مخالفة القوانين العادية لنصوص الدستور[2].

غير أن المعيار الشكلي لم يلق هوى لدى غالبية الفقه الدستوري بشأن تحديد المعنى الفني أو الإصطلاحي لتعبير الدستور لما تضمنه هذا المعيار من عيوب ومغامز أدت إلى هجره وتبني المغيار الموضوعي أو المادي في هذا الخصوص.

ونستطيع إجمال أوجه النقد التي ساقها الفقه للمعيار الشكلي فيما يلي:

١ - إن الأخذ بالمعيار الشكلي أو الرسمي بشأن تحديد المعنى الفني أو الإصطلاحي «للدستور» من شأنه أن يؤدي إلى نتيجة غاية فيالغرابة، وهي إنكار وجود دستور في كثير من الدول التي لا يوجد بها دساتير مكتوبة كانجلترا، إذ تحكمها قواعد دستورية ذات مصدر عرفي[3]. وهذه نتيجة يعوزها المنطق بحال. إذ من المسلمات في فقه القانون الدستوري ان كل دولة يكون

(١) Benoit Jeanneau, op cit, P. 44.

(٢) راجع في ذلك الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص٢١، الدكتور محمد حسنين عبد العال، المرجع السابق، ص١٥، الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب: مذكرات في النظام الدستوري المصري، ١٩٧٩، ص٢٧ والدكتور طعيمه الجرف، المرجع السابق، ص٥٦.

(٣) راجع في ذلك الدكتور مصطفى أبو زيد، المرجع السابق، ص٧٥، الدكتور ثروت بدوي، المرجع =

لها دستور يبيّن شكلها ونظام الحكم فيها وينظم الروابط التي تنشأ بين السلطات العامة. يستوي بعد ذلك أن يكون هذا الدستور مكتوباً أو عرفياً. فالمعيار الشكلي إذن لا يمكن الاعتماد عليه بصفة مطلقة في تعريف الدستور إذ لا يمكن تعميمه والأخذ به في كل الدول[1].

٢ - يعجز المعيار الشكلي عن اعطاء تعريف صحيح وشامل للدستور حتى في الدول التي تتبنى نظام الدساتير المدونة أو المكتوبة، إذ كثيراً لا تتضمن الوثيقة الدستورية جميع القواعد التي تحدد نظام الحكم في الدولة وسير السلطات العامة فيها. فثم قواعد لها طبيعة دستورية تجد مصدرها في العرف الدستوري لا في وثيقة الدستور[2]. ومن أمثلة تلك القواعد القاعدة التي جرى عليها العمل في مصر في ظل دستور ١٩٢٣ والتي كانت تخول لرئيس الدولة الحق في رئاسة مجلس الوزراء إذا شاء، وكذلك ما جرى عليه العمل في لبنان من أن يكون رئيس الجمهورية مارونياً، ورئيس مجلس الوزراء سنياً، ورئيس مجلس النواب شيعياً[3]، فهذه قواعد عرفية لم ينص عليها لا في وثيقة الدستور ولا حتى في قانون عادي.

= السابق، ص٢١، الدكتور رمزي طه الشاعر، المرجع السابق، ص٤٧، الدكتور يحيى الجمل، المرجع السابق، ص١٥، الدكتور محمد حسنين عبد العال، المرجع السابق، ص١٦، الدكتور طعيمه الجرف، المرجع السابق، ص٥٧، الدكتور محسن خليل، المرجع السابق، ص٦، والدكتور عبد الفتاح سايرداير، المرجع السابق ص١٣٧،

وراجع في ذلك أيضاً:

Jacques Cadart, op. cit., p.116. Georges Vedel, op. cit., p.56 et suiv.

(١) الدكتور عبد الفتاح سايرداير، المرجع السابق ص١٣٦، والدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق ص٢٢.

(٢) Pierre WIGNY, Propos constitutionnels, Bruxelles 1963 P. 14 et 21.

وراجع الدكتور عبد الحميد متولي: القانون الدستوري والأنظمة السياسية، ١٩٦٦، ص٢٠ هامش (١) ومؤلفه المفصل في القانون الدستوري ١٩٥٢ ص٧.

(٣) انظر الدكتور مصطفى أبو زيد: النظام البرلماني في لبنان الطبعة الاولى ١٩٦٩، ص٢٢٩.

وعلى هذا النحو يكون الاعتماد على المعيار الشكلي في تعريف الدستور أمراً غير ممكن بل ومستحيلاً ، ما دام أن بعض القواعد الدستورية لا تجد مكانها بين نصوص الوثيقة الدستورية كما هو الحال بالنسبة للقواعد العرفية(١).

٣ - يؤدي الاعتماد على المعيار الشكلي في تعريف الدستور إلى أن يدخل في مدلوله موضوعات لا تعد دستورية بحسب طبيعتها أو في جوهرها ، كما يغفل من مدلوله في ذات الوقت موضوعات تعد دستورية بحسب طبيعتها أو في جوهرها وتعد أساسية في تحديد المدلول الفني للدستور.

أ - فمن ناحية نجد أن الوثيقة الدستورية لا تقتصر في نصوصها على الموضوعات أو المسائل الدستورية من حيث طبيعتها أو في جوهرها فحسب، وإنما قد تتضمن - فضلاً عن ذلك - موضوعات أو مسائل لا تعد دستورية بحسب طبيعتها أو في جوهرها وإنما تتعلق في واقع الأمر بقوانين عادية(٢) مثل قانون العقوبات والقانون الإداري والقانون المالي.

ومثال ذلك ما تضمنه الدستور الفرنسي الصادر عام ١٨٤٨ من حكم يقضي بالغاء عقوبة الاعدام في الجرائم السياسية(٣)، وما تضمنه التشريع الدستوري الأمريكي الصادر عام ١٩١٩ من حكم يقضي بتحريم الخمور ومنع الاتجار فيها وتداولها(٤)، وما تضمنه الدستور السويسري من حكم يقضي بحظر ذبح الحيوانات

---

(١) انظر: الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص٢٢، الدكتور طعيمه الجرف، المرجع السابق، ص٥٧، الدكتور محسن خليل، المرجع السابق، ص٧.

(٢) راجع Jacques Cadart, op. cit, p. 115, Georges Vedel, op. cit, P. 38.

وراجع أيضاً الدكتور ثروت بدوي المرجع السابق ص٢٤.

(٣) الدكتور عبد الحميد متولي: القانون الدستوري والأنظمة السياسية ص٢١ ومؤلفه المفصل في القانون الدستوري ص٢٩.

(٤) وقد تم الغاء هذا التشريع بمقتضى التعديل الدستوري الحادي والعشرين عام ١٩٢٣. راجع في

كما هو متبع في الشريعة الإسرائيلية(١).

ومثال ذلك أيضاً ما تضمنه الدستور الحالي لجمهورية مصر العربية الصادر عام ١٩٧١ من حكم خاص بالتقسيم الإداري للجمهورية، حيث نصت المادة ١٦١ منه على أن «تقسم جمهورية مصر العربية إلى وحدات إدارية تتمتع بالشخصية الاعتبارية ومنها المحافظات والمدن والقرى، ويجوز إنشاء وحدات إدارية أخرى يكون لها الشخصية الاعتبارية إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك»(٢).

وعلى هذا النحو يؤدي الاعتماد على المعيار الشكلي في تحديد المعنى الفني أو الاصطلاحي «للدستور» إلى اضفاء الصفة الدستورية على قواعد تتعلق بموضوعات عادية ليس لها أدنى اتصال بتنظيم السلطات العامة في الدولة أو بنظام الحكم، أي موضوعات لا تعد دستورية بحسب طبيعتها أو في جوهرها. وكان من الواجب أن تكون القواعد المنظمة لها قواعد تشريعية عادية وتدخل تبعاً لذلك في نطاق التشريعات العادية لا الدستورية.

ويعزو الفقه حكمة ميل المشرع الدستوري إلى ادراج مثل هذه الموضوعات العادية في صلب الوثيقة الدستورية إلى مجرد الرغبة في أن تتمتع النصوص المنظمة لها بما تتمتع به النصوص الدستورية من ثبات واستقرار وجمود(٣).

= هذا الخصوص الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق ص٢٤، الدكتور محمد حسنين عبد العال المرجع السابق ص٢٠.

وراجع في ذلك أيضاً. Pierre Pactet, op. cit, P29.

(١) Georges Vedel op. cit, P. 59, Pierre Pactet, op. cit, P.29.

(٢) ومثال ذلك أيضا ما تضمنه الدستور المصري الصادر عام ١٩٢٣ من حكم خاص بتصفية اموال الخديوي عباس حلمي حيث نصت المادة ١٦٨ منه على اعتبار «احكام القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٢٢ الخاص بتصفية أملاك الخديوي عباس حلمي باشا وتضييق ماله من حقوق كأن له صبغة دستورية ولا يصح اقتراح تعديلها».

(٣) راجع في ذلك: الدكتور عثمان خليل المرجع السابق، ص١٧، الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص٢٤، الدكتور محمد حسنين عبد العال، المرجع السابق ص١٩، الدكتور رمزي طه الشاعر، المرجع السابق، ص٤٣ والدكتور عبد الفتاح سايرداير، المرجع السابق ص١٣٩.

ـ ب ـ ومن ناحية ثانية نلاحظ أن الوثيقة الدستورية وإن كانت تتضمن في حقيقة الأمر أغلب القواعد الدستورية من حيث طبيعتها أو في جوهرها لإتصالها بنظام الحكم في الدولة وتسيير السلطات العامة فيها ، إلا أنه يلاحظ أن هذه الوثيقة قد تغفل قواعد أخرى تعالج بعض المسائل التي تعد دستورية من حيث طبيعتها أو في جوهرها ، وبمعنى آخر أن الوثيقة الدستورية قد لا تتضمن جميع القواعد المتعلقة بالتنظيم السياسي ونظام الحكم في الدولة .

فثم مسائل دستورية من حيث طبيعتها أو جوهرها توجد خارج الوثيقة الدستورية وتنظم الأحكام المتعلقة بها بمقتضى قوانين عادية ، ومن ثم فلا تأخذ الشكل الرسمي للدستور[1] . ومن أمثلة ذلك قواعد وأحكام الانتخاب التي يصدر بها عادة قوانين خاصة كما هو الحال في فرنسا وفي بلجيكا[2] وفي مصر[3] .

---

(١) راجع في هذا المعنى الدكتور عبد الحميد متولي : القانون الدستوري والأنظمة السياسية ١٩٦٦ ص٢١ (الهامش) ، الدكتور ثروت بدوي ، المرجع السابق ، ص٢٤ ، الدكتور عبد الفتاح سايردار ، المرجع السابق ، ص١٤ ، الدكتور محسن خليل ، المرجع السابق ، ص٦ ، الدكتور اسماعيل مرزه : القانون الدستوري دراسة مقارنة للدستور الليبي ودساتير الدول العربية الاخرى ص٥٨ .

وانظر ايضا

Benoit Jeanneau, op. cit, P. 44.

Georges Vedel, op. cit, P. 58.

Jacques Cadart, op. cit, P. 114, 115.

Maurice Duverger: Institutions politiques et Droit constitutionnel, 1966, P. 4.

Pierre Pactet, op. cit, P. 29.

(٢) Pierre Wigny: Propos constitutionnels Bruxelles 1963, P. 4

(٣) ويلاحظ أن قواعد وأحكام الانتخاب في مصر قد نظمت بالقانون رقم ٧٣ لعام ١٩٥٦ الخاص بمباشرة الحقوق السياسية والمعدل بالقانون رقم ٢٣ لعام ١٩٧٢ والقانون رقم ٣٨ لعام ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب .

ومن أمثلة ذلك أيضاً القواعد والأحكام الخاصة بتشكيل بعض المجالس التي لها طابع دستوري، كمجلس الشورى في مصر، والتي صدر بها القانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٨٠ في شأن مجلس الشورى[١]، وكذلك القواعد والأحكام المنظمة للأحزاب السياسية في الدولة والتي تصدر بها عادة قوانين خاصة كما هو الحال عندنا إذ نظمها القانون رقم ٤٠ لعام ١٩٧٧ الخاص بنظام الأحزاب السياسية[٢].

والقواعد السابقة كما هو واضح لها اتصال وثيق بنظام الحكم وتنظيم السلطات العامة في الدولة على الرغم من عدم ورودها في الوثيقة الدستورية، فهي قواعد لها طبيعة دستورية من حيث الطبيعة والجوهر، وهي وإن كانت قد نظمت بقوانين عادية مع ما لها من أهمية، فإن ذلك يرجع ـ كما يرى الفقه ـ إلى رغبة المشرع الدستوري في إعطائها نوعا من المرونة وعدم الجمود بحيث يصبح امكانية تعديلها أيسر مما لو تضمنتها ونظمتها الوثيقة الدستورية[٣].

إن الإعتماد على المعيار الشكلي أو الرسمي في تحديد المعنى الفني أو الاصطلاحي للدستور يؤدي دون شك إلى إغفال الطابع الدستوري لكثير من القواعد والأحكام القانونية مع اتصالها الوثيق بتنظيم سلطات الدولة، وذلك لمجرد عدم النص عليها في ذات الوثيقة الدستورية وتنظيمها بقوانين عادية، أو لكون مصدرها عرفا معمولا به بجانب الأحكام التي تضمنتها الوثيقة ذاتها على نحو ما أشرنا من قبل.

٤ ـ كما إنه لا يمكن التعويل على المعيار الشكلي في التعريف بالدستور الخاص بدولة معينة، لما قد يوجد عادة من فوارق أساسية لا يمكن التنكر لها

(١) راجع الجريدة الرسمية العدد ٢٧ في ٣ يوليو ١٩٨٠.
(٢) راجع الجريدة الرسمية العدد ٢٧، يونيه سنة ١٩٧٧.
(٣) الدكتور يحيى الجمل، المرجع السابق ص١٥ وما بعدها.

بين النصوص التي تتضمنها الوثيقة الدستورية ذاتها وتطبيق هذه النصوص من الناحية العملية ، أي بين الواقع القانوني والواقع العملي . ونتيجة لذلك يشير الفقه إلى أن تحليل الأنظمة الدستورية لبلد ما يجب أن لا يقف عند حد تحليل النصوص تحليلا نظرياً مجرداً ، بل يلزم ـ فضلاً عن ذلك ـ معرفة ما قد يجري عليه العمل فعلاً ، والكيفية التي يتم بها تفسير النصوص وتطبيقها[1] .

ومثال ذلك ما نصت عليه المادة ٥٣ من الدستور اللبناني « من أن رئيس الجمهورية يعين الوزراء ويسمي منهم رئيساً . . . » . ومقتضى حرفية هذا النص أن رئيس الجمهورية يقوم أولاً باختيار الوزراء ويصطفي منهم رئيسا ، بمعنى أن تعيين الوزراء يسبق تعيين رئيس الوزراء . بينما جرى العمل من الناحية العملية ـ حتى صار عرفاً دستورياً ـ على أن رئيس الجمهورية يقوم أولاً بتعيين رئيس الوزراء ثم يقوم هذا الأخير بتعيين زملائه الوزراء الذي يتم بناء على اقتراحه وموافقة رئيس الجمهورية[2] .

ومثال ذلك أيضاً ما كشفت عنه نصوص الدستور الحالي لجمهورية مصر العربية وغيره من الدساتير الجمهورية السابقة عليه من تبني مبدأ ثنائية السلطة التنفيذية ، كعنصر من عناصر النظام البرلماني ، والذي يجعل شخص رئيس الجمهورية أي رئيس الدولة غير شخص رئيس الوزراء. غير أن الظروف السياسية قد أدت في كثير من الأحيان إلى إهمال هذا المبدأ وعدم تطبيقه ، فجمع رئيس الجمهورية بين منصبه وبين منصب رئيس الوزارة في كثير من الحالات كان آخرها في مايو ١٩٨٠ .

٥ ـ لما كان المعيار الشكلي في تعريف الدستور يعتمد على الوثيقة الدستورية

---

(١) الدكتور ثروت بدوي المرجع السابق، ص٢٢ ، الدكتور عبد الفتاح ساير داير ، المرجع السابق ، ص١٣٧ ، الدكتور عبد الحميد متولي ، المرجع السابق ، ص٢٣ هامش

(٢) راجع مؤلفنا في النظام الدستوري اللبناني ١٩٨٠ ص١٩١ ، الدكتور محسن خليل المرجع السابق ، ص٨٢٥ ، والدكتور مصطفى أبو زيد : النظام البرلماني في لبنان ١٩٦٩ ص٢٧٦ .

ذاتها وما تتضمنه من أحكام وقواعد، وكانت هذه الأحكام والقواعد تختلف من دولة إلى أخرى ومن زمن إلى آخر، فإن الأخذ بهذا المعيار يؤدي حتماً إلى عدم وجود تعريف موحد ومحدد للدستور، وبالتالي يؤدي إلى صعوبة وضع تعريف موحد للقانون الدستوري.

إن التعريف الصحيح والشامل للدستور يجب أن يستند إلى ضوابط ومعايير موضوعية حتى يمكن - على حد قول البعض - «اعطاء فكرة موضوعية صحيحة على طبيعة المعرف ومضمونه دون تأثر بالظروف العارضة والمتغيرة من بلد إلى آخر ومن زمن إلى آخر، ومن ثم لزم البحث عن معيار موضوعي للتعريف بالقانون الدستوري، معيار لا يأخذ في الاعتبار مضمون الوثيقة الرسمية المسماة بالدستور، ولكن يستند إلى الطبيعة الخاصة بقواعد القانون الدستوري[١]» أي إلى مضمون وجوهر القواعد الدستورية ذاتها[٢].

وقد كشفت أوجه الانتقادات السابقة - وبحق - عن قصور المعيار الشكلي في تحديد المعنى الفني أو الاصطلاحي لتعبير الدستور، ورأى فقه القانون الدستوري في جملته ضرورة الاعتماد على المعيار الموضوعي أو المادي في هذا الشأن.

فماذا يعني الدستور إذن في مدلوله الفني أو الاصطلاحي تبعاً لهذا المعيار؟

المطلب الثاني

الدستور تبعاً للمعيار الموضوعي أو المادي

يعتمد المعيار الموضوعي أو المادي بشأن تحديد المعنى الفني أو الاصطلاحي للدستور على موضوع أو مضمون أو جوهر القاعدة. وذلك دون نظر إلى شكلها

---

(١) الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص٢٦.

(٢) الدكتور عبد الفتاح سايرداير، المرجع السابق، ص١٤٠

أو مصدرها[١]،وتبعاً لهذا المعيار يعني الدستور الموضوعات التي تعد دستورية من حيث طبيعتها أو في جوهرها سواء وردت هذه القواعد في الوثيقة الدستورية (المسمّاه بالدستور) أو لم ترد فيها بأن تقررت بمقتضى عرف دستوري أو وردت في قوانين عادية[٢].

وتبعاً لذلك ـ كما يقول الاستاذ جورج فيدل[٣] ـ يكون لكل دولة دستور

---

(١) من الفقهاء الذين اعتمدوا على المعيار الموضوعي أو المادي في تعريف الدستور أو القانون الدستوري انظر:

الدكتور عبد الحميد متولي المرجع السابق، ص٢٠، الدكتور عثمان خليل، المرجع السابق، ص١٦، الدكتور مصطفى أبو زيد، المرجع السابق، ص٧٥، الدكتور طعيمه الجرف، المرجع السابق، ص٦٠، الدكتور السيد صبري، مبادىء القانون الدستوري ١٩٤٩، ص١، الدكتور محسن خليل المرجع السابق، ص٧، الدكتور عبدالفتاح سايرداير، المرجع السابق ص١٤٠ وما بعدها، الدكتور سعد عصفور، القانون الدستوري ١٩٥٤ ص٥٥، الدكتور فؤاد العطار: النظم السياسية والقانون الدستوري ١٩٧٣، ص٢١١، الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص٢٧، الدكتور يحيى الجمل، المرجع السابق، ص١٥ وما بعدها، الدكتور محمد حسنين عبدالعال، المرجع السابق ص٢١، الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص٣ وما بعدها، الدكتور رمزي طه الشاعر، المرجع السابق ص٤٧، الدكتور ماجد الحلو، القانون الدستوري، ١٩٧٦ ص٢، الدكتور محمد كامل ليله، القانون الدستوري ١٩٦٧، ص٢١.

وانظر من الفقه الفرنسي في هذا الخصوص:

Henri Victor Mallard, op. cit, P. 32.

Pierre Pactet, op. cit, P. 29

Georges Vedel, op. cit, P. 54 et suiv.

Benoit Jeanneau, Op. cit, P. 44.

M. Laferriere: Cours de droit constitutionnel 1946 — 1947. P. 243.

Julien Laferrière: Manuel de Droit constitutionnel. 1947. 2 ed P. 268.

(٢) في هذا المعنى انظر: الدكتور رمزي طه الشاعر، المرجع السابق ص٤٨، الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص٢٧، الدكتور محمد حسنين عبد العال، المرجع السابق ص٢٠، والدكتور يحيى الجمل، المرجع السابق، ص١٥.

وراجع أيضاً: Henri Victor Mallard, op. cit, P. 23.

(٣) في هذا المعنى انظر: Georges Vedel, op. cit, P. 54.

إذ لا يتصور أن لا يكون لكل دولة قواعد تتعلق بنظام الحكم وسير سلطاتها العامة[1]. ولئن كان الفقه الدستوري قد اتفق في غالبيته على وجوب تغليب المعيار الموضوعي أو المادي على المعيار الرسمي أو الشكلي بشأن تحديد المعنى الفني أو الاصطلاحي للدستور - ذلك المعيار الذي ينظر إلى مضمون وجوهر القاعدة فلا يهتم بشكلها أو مصدرها - إلا أنه لم يتفق حول تحديد ما يعتبر من الموضوعات دستورياً من حيث طبيعته أو في جوهره.

يرى الفقه الفرنسي في مجموعه أن الموضوعات التي تعتبر دستورية من حيث طبيعتها أو في جوهرها هي تلك التي تتعلق بنظام الحكم في الدولة. فذهب الأستاذ Laférriere إلى أن هذه القواعد تجمل في تلك التي تبين طبيعة الدولة، أي شكلها، فتحدد ما إذا كانت دولة موحدة أو دولة اتحادية، وتبين شكل الحكومة وما إذا كانت ملكية أو جمهورية، كما تتضمن المبادىء العامة والأساسية التي تتعلق بنظام السلطتين التشريعية والتنفيذية واختصاصاتهما وكيفية ممارستها وما ينشأ بينهما من علاقات[2].

وذهب الأستاذ Georges Vedel إلى أن هذه القواعد هي التي تحدد كيفية تنظيم ومباشرة السلطة السياسية، وبعبارة أخرى مجموعة القواعد المنظمة للدولة[3].

أما الفقه المصري فقد أيد في مجموعه أيضاً ما ذهب إليه الفقه الفرنسي

---

(١) Andre Hauriou op. cit, P. 321.

(٢) Julien Laferrière. Manuel de Droit constitutionnel 1947 P. 268

وانظر ايضا: Pierre Pactet, op. cit, P. 29.

(٣) «La constitution est l'ensemble des régles qui déterminent les conditions dans lesquelles s'acquiert et s'exerce le pouvoir politique... on peut-d'une façon plus générale dire que la constitution est l'ensemble des régles fondamentales organisant L'Etat».

Georges Vedel, op. cit, P.54.

بشأن تحديد الموضوعات التي تعد دستورية بحسب طبيعتها أو في جوهرها. فذهب الدكتور عبد الحميد متولي إلى أن الموضوعات التي تعد دستورية بحسب طبيعتها هي مجموعة القواعد القانونية الأساسية التي تبين نظام الحكم للبلاد[١] فهي التي تبين لنا طبيعة أو شكل الدول، أي ما إذا كانت الدولة دولة موحدة أو دولة تعاهدية، كما تبين نظام واختصاصات الهيئات العليا التي توجه سياسة الدولة (البرلمان ـ الحكومة)، وهي التي تحدد ما إذا كان نظام الحكم ديمقراطياً أم دكتاتورياً، برلمانياً أم رئاسياً، وكذلك تلك التي تبين الحقوق الأساسية للأفراد إزاء الدولة[٢].

ويقرر الدكتور محسن خليل في هذا الخصوص أنه «إذا كانت الدولة والحكومة والسلطتان التشريعية والتنفيذية وما يقوم بينهما من علاقات من المسائل الدستورية، فإن الحقوق والحريات العامة تعتبر كذلك ضمن موضوعات القانون الدستوري بل من صميمها لإتصالها اتصالاً وثيقاً بنظام الحكم السياسي في الدولة[٣]».

ويكشف الدكتور السيد صبري أيضاً في هذا الخصوص عن القواعد التي تعد دستورية بحسب طبيعتها أو في جوهرها من خلال تعريفه للقانون الدستوري بقوله «هو القانون الأساسي الذي ينظم قواعد الحكم ويوزع السلطات، ويبين اختصاصات كل منها، ويضع الضمانات الأساسية لحقوق الافراد، ويبين مدى سلطان الدولة عليهم[٤]».

ويبين الدكتور عبد الفتاح سايرداير الموضوعات التي تعتبر دستورية من

---

(١) الدكتور عبد الحميد متولي: القانون الدستوري والأنظمة السياسية ١٩٦٦ ص١٩.
(٢) الدكتور عبد الحميد متولي: القانون الدستوري والأنظمة السياسية ١٩٦٦ ص١٨.
(٣) الدكتور محسن خليل: المرجع السابق، ص٨.
(٤) الدكتور السيد صبري: مبادىء القانون الدستوري، ١٩٤٩، ص١.

حيث طبيعتها وذلك من خلال تعريفه للقانون الدستوري تبعاً للمعيار الموضوعي أو المادي بكونه « مجموعة القواعد القانونية الخاصة بنظام الحكم (أي الحكومة) في مجتمع سياسي معين في وقت معين[1] ».

وإذا كان غالبية الفقه قد ذهب - على النحو السابق - إلى حصر الموضوعات التي تعد دستورية بحسب طبيعتها أو جوهرها في تلك التي تتعلق فقط بطبيعة نظام الحكم في الدولة فتبين شكلها وتنظيم السلطات العامة فيها وكيفية ممارسة هذه الأخيرة لاختصاصاتها والعلاقات التي تنشأ بينها وكذلك حقوق وواجبات الأفراد إزاء الدولة[2]، إلا أنه قد أخرج من نطاق هذه الموضوعات تلك التي تتعلق بمذهب التنظيم الاجتماعي والاقتصادي في الدولة. فهذه الموضوعات لا تتعلق - في نظرهم - بالتنظيم السياسي، وبالتالي تخرج من عداد الموضوعات الدستورية بطبيعتها أو في جوهرها[3].

ومن الأمثلة التي ساقها الفقه للنصوص الدستورية والتي تضمنت الأحكام

---

(١) الدكتور عبد الفتاح ساير داير، المرجع السابق، ص١٦١.

(٢) هذا ويلاحظ إن الدكتور عبد الفتاح ساير داير لا يعتبر موضوع الدولة من موضوعات القانون الدستوري مبرراً ذلك بأن القانون الدستوري يكون قاصراً على دراسة الحكومة أحد أركان الدولة، فالدولة أصل والحكومة فرع ودراسة الأصل (الدولة) يجب أن يكون أسبق من دراسة الفرع (الحكومة) راجع مؤلفه سالف الذكر ص١٦٧. ويذهب الدكتور طعيمه الجرف أيضاً إلى إخراج موضوع الدولة من عداد الموضوعات الدستورية ومن نطاق دراسة القانون الدستوري وحجته في ذلك ان دستور الدولة ليس هو الذي ينشىء الدول، فهي حقيقة سابقة عليه، بل هي شرط وجوده، راجع مؤلفه القانون الدستوري ١٩٦٤، ص٣٧ وما بعدها.

غير أن هذا الاتجاه لم يلق هوى لدى البعض من الفقه فذهب الدكتور ثروت بدوي إلى وجوب اعتبار موضوع الدولة من صميم الموضوعات الدستورية، راجع الحجج التي ساقها لتأييد رأيه وتفنيد حجج الرأي المناهضة له، مؤلفه القانون الدستوري ١٩٧١ ص٢٨ وما بعدها.

(٣) راجع في ذلك الدكتور عبد الفتاح ساير داير، المرجع السابق، ص١٣٩، الدكتور ثروت بدوي المرجع السابق ص٢٥، الدكتور رمزي طه الشاعر، المرجع السابق، ص٤٤ والدكتور طعيمه الجرف، المرجع السابق، ص٥٨.

المتعلقة برسم الاتجاهات الاقتصادية والاجتماعية نص المادة السادسة من دستور الجمهورية الصينية الشعبية الصادر في ٢٠ سبتمبر ١٩٥٤ والتي قضت بأن «اقتصاد الدولة هو اقتصاد مشترك قائم على ملكية الشعب». وكذلك النصوص العديدة التي تضمنها الدستور المصري الصادر عام١٩٥٦ ،كنص المادة ١٧ التي قضت «بأن تعمل الدولة على أن تيسر للمواطنين جميعاً مستوى لائقاً من المعيشة أساسه تهيئة الغذاء والمسكن والخدمات الصحية والثقافية والاجتماعية». وكذلك النصوص العديدة التي تضمنها الدستور المؤقت لجمهورية مصر العربية والصادر في ٢٤ مارس ١٩٦٤، كنص المادة التاسعة والتي قضت «بأن الأساس الإقتصادي للدولة هو النظام الاشتراكي الذي يحظر أي شكل من أشكال الاستغلال بما يضمن بناء المجتمع الاشتراكي بدعامتيه الكفاية والعدل»، وكذلك ما قضت به المادة الثانية عشرة من ذات الدستور «بأن يسيطر الشعب على كل أدوات الانتاج، وعلى توجيه فائضه وفقاً لخط التنمية التي تضعها الدولة لزيادة الثروة وللنهوض المستمر لمستوى المعيشة».

وقد رأى الفقه[1] أن الموضوعات التي تضمنتها هذه النصوص لا تعتبر من الموضوعات الدستورية من حيث طبيعتها أو في جوهرها وذلك لعدم اتصالها بنظام الحكم في الدولة أو بالسلطات العامة فيها، وإنما هي بمثابة أهداف سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية توجه من جانب المشرع الدستوري إلى المشرع العادي حتى يلتزم بها هذا الأخير فيما يصدر عنه من تشريعات اقتصادية أو اجتماعية، أو توجه إلى الهيئات الحاكمة فيما يتعلق برسم السياسة العامة للدولة[2].

غير أن البعض الآخر من الفقه ـ ويمثله رأي القلة ـ قد ذهب إلى أن

---

(١) انظر الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص٢٥، الدكتور رمزي طه الشاعر، المرجع السابق، ص٤٤.

(٢) راجع الدكتور عبد الفتاح حسن، المرجع السابق، ص٥٨، الدكتور طعيمه الجرف، المرجع السابق، ص٥٨.

الموضوعات التي تعتبر دستورية بطبيعتها أو في جوهرها لا تتمثل فقط في تلك التي تتصل بطبيعة نظام الحكم في الدولة أو بتنظيم السلطات العامة فيها ، على نحو ما ذهب إليه الفقه السابق ، وإنما تتمثل فضلاً عن ذلك في تلك القواعد أو الموضوعات التي تحدد الاتجاهات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية التي يجب أن تعمل في ظلها السلطات العامة المختصة . وبمعنى آخر تلك القواعد التي تحدد الاتجاه الأيديولوجي La tendance Idéologique أو الفلسفي الذي يقوم عليه النظام السياسي في الدولة .

وممن نحا هذا المنحى بشأن تحديد الموضوعات التي تعد دستورية من حيث طبيعتها أو في جوهرها الأستاذ Georges Burdeau[١] فذهب ، تحت عنوان Objet de la constitution[٢] (موضوع الدستور) ، إلى أن الدستور إنما يبين - بصفة عامة - كيفية تنظيم ممارسة السلطة . وهذا التنظيم انما يتمثل في مجموعة القواعد التي تبين وضع السلطات الحاكمة في الدولة ، وكذلك طبيعة وأهداف نشاطها السياسي .

ويستطرد الاستاذ جورج بيردو بعد ذلك مبيناً بوضوح أن الدستور يكون له مضمون مزدوج : فهو يحدد من ناحية أولى الأشخاص والهيئات الحاكمة التي يكون لها القدرة على التصرف واتخاذ القرارات باسم الدولة ، ويحدد لهم إختصاصاتهم وكذلك كيفية ممارستها ، وهو يحدد من ناحية أخرى مذهب التنظيم الاجتماعي والسياسي الذي تمثله السلطات الحاكمة وكذلك الاتجاه القانوني أو الأيديولوجي الذي ينبغي أن تعمل في إطاره منظمات أو سلطات الدولة[٣] .

---

(١) Georges. Burdeau. Droit contitutionnel. et Institutions politiques 13 edit, Paris. 1968. p,61.

(٢) Georges. Burdeau op. cit., p.62.

(٣) فيقول الاستاذ جورج بيردو في هذا الشأن .

= L'objet de la constitution est donc double. d'une part, elle désigne les personnalites

فمضمون الدستور اذن تبعاً لفقه الاستاذ جورج بيردو لا يقتصر فحسب على القواعد التي تتصل بتنظيم السلطات الحاكمة وكيفية ممارستها لوظائفها ، وإنما يتضمن فضلاً عن ذلك القواعد التي تحدد الاتجاه الذي يجب أن تعمل من خلاله هذه السلطات ، وكذلك الأهداف التي يناط بها تحقيقها وذلك في ضوء الاتجاه الذي حدده الدستور[1] .

وقد لقي فقه الأستاذ جورج بيردو هوى لدى البعض من فقهاء القانون الدستوري في مصر[2] ، وهو الجدير في نظرنا أيضاً بالتأييد . وتبعاً لذلك نرى أن الموضوعات التي تتضمنها نصوص الدستور الحالي والتي تتعلق بالأسس الاقتصادية والاجتماعية في الدولة تعد من قبيل الموضوعات الدستورية من حيث طبيعتها أو جوهرها .

من ذلك ما نصت عليه المادة الرابعة بقولها « الأساس الاقتصادي لجمهورية مصر العربية هو النظام الاشتراكي القائم على الكفاية والعدل بما يحول دون الاستغلال ويهدف إلى تذويب الفوارق بين الطبقات ».وكذلك ما نصت عليه المادة التاسعة بقولها « الأسرة أساس المجتمع قوامها الدين والأخلاق والوطنية وتحرص الدولة على الحفاظ على الطابع الأصيل للاسرة المصرية وما يتمثل فيه

---

ou collèges auxquels il appartiendra de décider pour l'Etat et elle fixe leur compétence et les modalités de son exercice: d'autre part, elle indique quelle doctrine d'organisation social et politique representent les gouvernants et, par là, elle identifie l'idée de droit qui sera D'œuvre d'ı uvre de l'institution etatiques».

Georges Burdeau op.cit,P.63.

(١) Gesrges. Burdeau, op. cit, p.64.

(٢) الدكتور محمد حسنين عبد العال ، المرجع السابق ، ص٢٢ وما بعدها .

من قيم وتقاليد، مع تأكيد هذا الطابع وتنميته في العلاقات داخل المجتمع المصري ». وكذلك ما نصت عليه أيضاً المادة الحادية عشرة بقولها « تكفل الدولة التوفيق بين واجبات المرأة نحو الأسرة وعملها في المجتمع، ومساواتها بالرجل في ميادين الحياة السياسية والاجتماعية والثقافية والاقتصادية دون إخلال بأحكام الشريعة الإسلامية ».

ومن أمثلة هذه النصوص أيضاً ما قضت به المادة الثالثة والعشرون من أن « ينظم الاقتصاد القومي وفقاً لخطة تنمية شاملة تكفل زيادة الدخل القومي وعدالة التوزيع ورفع مستوى المعيشة والقضاء على البطالة وزيادة فرص العمل وربط الأجر بالإنتاج وضمان حد أدنى للأجور ووضع حد أعلى يكفل تقريب الفروق بين الدخول ». وكذلك ما قضت به المادة الرابعة والعشرون بأن « يسيطر الشعب على كل أدوات الإنتاج، وعلى توجيه فائضها وفقاً لخطة التنمية التي تضعها الدولة ».

وإذا كان البعض من الفقه الدستوري المصري قد ذهب إلى أن النصوص التي تحدد الاتجاهات السياسية والاجتماعية والاقتصادية العامة في الدولة - سواء تلك التي وردت في الدستور الحالي أو في الدساتير المصرية السابقة عليه - لا تتضمن قواعد أو مسائل تعد بطبيعتها أو في جوهرها من المسائل الدستورية، لأنهم يقصرون هذه المسائل الأخيرة على تلك التي تتصل بتنظيم السلطات العامة في الدولة، فإننا نخالفهم الرأي ونرى أن الموضوعات أو المسائل التي احتوتها هذه النصوص إنما تعد من صميم الموضوعات أو المسائل الدستورية بطبيعتها أو في جوهرها.

وتأسيس ذلك أن الدستور لا يقف عند حد تنظيم السلطات العامة في

الدولة من ناحية تركيبها العضوي فحسب ، وإنما يمتد ليشمل تنظيم هذه السلطات من ناحية اختصاصاتها ومن ناحية كيفية مباشرتها لهذه الاختصاصات . والدستور وهو يبين كيفية مباشرة السلطات العامة لوظائفها أو اختصاصاتها لا بد وأن يضع أسساً وأصولاً سياسية واقتصادية واجتماعية تسترشد بها السلطات العامة في أدائها لهذه الوظائف ، وتمثل في ذات الوقت أهدافاً يجب أن يعمل النظام القائم على تحقيقها . فهذه الأسس والأصول تعكس في حقيقة الأمر فلسفة أو أيديولوجية معينة لا تستطيع السلطات العامة أن تحيد عنها وإلا عد ذلك إنتهاكاً لنصوص الدستور ولروحه .

ويبدو أن فقه الأستاذ جورج بيردو - وهو ما نعضده - قد لقي ترحيباً عند جانب من الفقه الفرنسي الحديث . فيعرف الأستاذ Michel Henry Fabre ، الدستور من الناحية الموضوعية أو المادية قائلاً « إن كلمة الدستور إنما تعني مجموعة القواعد الخاصة بالتنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة »(١) ، وكذلك يعرف الأستاذ Henri Victor Mallard الدستور بأنه « مجموعة القواعد المتعلقة بالأنظمة السياسية والاقتصادية والاجتماعية »(٢) .

---

(١) فيقول في هذا الشأن :

«Le Mot constitution designe les régles de l'organisation politique, sociale économique de l'Etatl».

Michel Henry Fabre: Principes Republicains de Droit constitutionnel 3 ed 1977 P. 154.

(٢) ويقول في هذا الشأن :

La constitution se définit comme l'ensemble des regles relatives aux institutions politiques économiques et sociales, Henri Victor Mallard, op. cit., p.32 et suiv.

وفي نفس المعنى انظر Benoit jennrau حيث يقول في تعريف الدستور :

Il est generalement double: d'une part la constitution amenage l'exercice du pouvoir = à ce titre elle est une regle du jeu.

على هذا النحو يمكننا القول مع الفقه الدستوري الحديث بأن الموضوعات التي تحدد الاتجاهات السياسية والاجتماعية والاقتصادية العامة في الدولة تعد من صميم الموضوعات الدستورية من حيث الطبيعة والجوهر ، فهذه الموضوعات إنما تحدد الفلسفة أو الأيديولوجية التي يقوم عليها نظام الحكم في الدولة ، وتعكس الإطار القانوني الذي يجب أن تعيش في ظله سائر السلطات العامة .

وتبعاً لذلك نرى ضرورة اعتبار النصوص الدستورية التي تتعلق بتحديد الاتجاهات الايديولوجية سواء من الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية والتي وردت في الباب الثاني من الدستور الحالي تحت عنوان المقومات الأساسية للمجتمع « الفصل الأول المقومات الاجتماعية والخلقية ، الفصل الثاني المقومات الاقتصادية » هي نصوص تعالج موضوعات دستورية بطبيعتها أو في جوهرها .

---

d'autre part la constitution consacre les principes qui doivent guider l'action des pouvoirs publics et de ce point de vue elle est une philosophie Benoit Jeanneau, op. cit, p.46.

المبحث الثاني

تحديد موقف الدستور من قضيتي السلطة والحرية

لتحديد موقف الدستور - بصفة عامة - من قضيتي السلطة والحرية فإن تساؤلاً معيناً لا بد وأن يثور في هذا المقام، وهو هل الدستور يعد تنظيماً للسلطة فقط؟ أم أنه يعد تنظيماً للسلطة وللحرية معاً؟ هل يكتفي في الدستور - حتى يكون جديراً بهذا الإسم - أن يتضمن القواعد المنظمة للسلطة السياسية في الدولة أم أنه يجب أن يتضمن فضلاً عن ذلك الأسس والضمانات التي تكفل الحريات العامة للأفراد وحقوقهم فيكون هناك قيود تحد من شطط السلطات العامة بغية ضمان هذه الحريات وتلك الحقوق.

في الحالة الأولى يقال أن الدستور سيعد تنظيماً للسلطة فقط، وفي الحالة الثانية يقال إن الدستور سيعد تنظيماً للسلطة وتنظيما للحرية معاً.

وللإجابة على هذا التساؤل ينبغي أن نعرض لموقف الفقه الدستوري التقليدي ثم لموقف الفقه الدستوري الحديث.

الفقه الدستوري التقليدي وموقف الدستور من قضيتي السلطة والحرية:

ذهب الفقه التقليدي إلى وجوب الربط بين الدستور والنظام الديمقراطي الحر. فقد ساد الاعتقاد لدى هذا الفقه أن الدستور يرتبط بمضمونه، وأنه لا يكفي للقول بوجود الدستور أن يتضمن القواعد المنظمة للسلطة السياسية في الدولة، وإنما يجب أن يتضمن فضلاً عن ذلك القواعد التي تكفل حريات الأفراد وتصون حقوقهم[1]. فيجب على الدستور إذن أن يعمل على إقامة نظام خاص

---

(١) Georges Burdeau. op cit, p.54.

وراجع في ذلك الدكتور مصطفى أبو زيد، النظام الدستوري للجمهورية العربية المتحدة

للحكم هو النظام الحر الذي يقوم على مبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ سيادة الشعب وحقوق الإنسان.

ولم يكن هذا الربط من جانب الفقه التقليدي بين الدستور والأنظمة الديمقراطية الحرة وليد الصدفة، وإنما كان مصدره الحركات الدستورية التي كتب لها الانتشار في أوائل القرن الثامن عشر كأثر للفلسفات السياسية التي ارتكزت على أفكار القانون الطبيعي والعقد الاجتماعي وحقوق الانسان[١] وقد استند هذا الفقه إلى الدستور الأمريكي الصادر عام ١٧٨٧ـ ويعد أقدم الدساتير المكتوبة ـ الذي وضع على أساس المذهب الفردي الحر وفكرة الحكومة المقيدة. كما استند أيضاً إلى إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر عن الثورة الفرنسية وبصفة خاصة ما نصت عليه المادة السادسة عشرة منه من أن «كل مجتمع لا تقرر فيه ضمانات لحقوق الأفراد ولا يسود فيه مبدأ الفصل بين السلطات، هو مجتمع ليس له دستور».

«Toute société dans laquelle la garantié des droits n'est pas assurée, ni la separation des pouvoirs determinée n'a pas de constitution[٢]».

١٩٦٦ ص٧٦، الدكتور يحيى الجمل، المرجع السابق، ص١٨، الدكتور طعيمه الجرف، المرجع السابق ص٩٧، الدكتور كامل ليلة: القانون الدستوري، ١٩٦٧، ص٢١٩، الدكتور عبد الفتاح حسن: مبادىء النظام الدستوري في الكويت، ١٩٦٨، ص٢٣.

(١) الدكتور طعيمه الجرف، المرجع السابق، ص٦٧.

ويقول في هذا الخصوص «أن فلسفة العصر الحديث وبصفة خاصة ما يتعلق منها بالعقد الاجتماعي، كان لها أثرها في ظهور هذا المفهوم (الفكر التقليدي)» فالدستور هو هذا العقد بذاته الذي تضع به الجماعة السياسية نظام الحكم فيها، وهو نظام قصد به صيانة حقوق الأفراد الطبيعية بالقدر الذي يصون حقوق الآخرين، والعقد الاجتماعي والدستور الذي هو تجسيد له على حسب المفهوم الذي أخذ به روسو والثورة الفرنسية من بعده لا يمكن أن يقوم على نظام حكم مطلق لا يحترم حقوق الأفراد».

(٢) راجع في ذلك:

G. Burdeau, op. cit, p.54.

Bernard Chantebout: Droit constitutionnel et science politique, 1978, P. 25.

Jacques Cadart, op. cit, P. 113.

على هذا النحو كان الربط من جانب الفقه التقليدي بين الدستور والأنظمة الديمقراطية الحرة. فالدستور لا يوجد في نظره إلا في دول تؤمن بفلسفة المذهب الحر، ويقوم فيها الحكم على أسس ديمقراطية، وبالتالي ينتفي وجود الدستور تماماً في الدول ذات الحكم المطلق أو الشمولي(١).

وهذا الفكر التقليدي يفسر لنا كيف تأثر الأستاذ Guizot في تحديده لموضوعات القانون الدستوري في كلية الحقوق بجامعة باريس- عندما استحدثت دراسته عام ١٨٣٤ - بأحكام الوثيقة الدستورية التي صدرت عام ١٨٣٠ نظراً لما تضمنته من مبادىء متعلقة بسيادة الشعب واحترام حقوق الأفراد. وبمعنى آخر أنه عمل على تحديد موضوعات دراسة القانون الدستوري تحديداً مناطه تدعيم الفلسفة السياسية الحرة، والربط بين هذه الفلسفات والقانون الدستوري(٢).

أياً كان الأمر فقد ظل هذا الفكر التقليدي سائداً حتى أوائل القرن العشرين حيث نرى العميد M. Hauriou(٣) عام ١٩٢٩ يقرر أن الدستور لا يكون جديراً بهذا الاسم إلا إذا كان معبراً عن سيادة الأمة وصادراً باسمها عن طريق سلطة تأسيسية منتخبة، مقرراً لمبدأ الفصل بين السلطات، فإذا تخلف فيه شيء من ذلك فلا يصح أن يحمل وصف الدستور.

---

(١) ويقول الدكتور عبد الفتاح حسن في هذا الخصوص «إن دراسات القانون الدستوري لم تكن تعني بغير ذلك من أنظمة الحكم باعتبار أنه ليس لها دستور حال كونها أنظمة حكم فردية، وهذا هو المعنى الذي حمله القانون الدستوري خلال القرن التاسع عشر فكانت المطالبة بالدستور تعني المطالبة بنظام للحكم يقوم على حكم الشعب بالشعب، وكانت الأحزاب التي تطلق على نفسها الأحزاب الدستورية تستهدف في برامجها تحقيق هذا النوع بالذات من أنظمة الحكم».
راجع مؤلفه: مبادىء النظام الدستوري في الكويت، ١٩٦٨ ص٢٤.

(٢) راجع في ذلك الدكتور يحيى الجمل، المرجع السابق ص١٩، الدكتور عبد الفتاح سايردار، المرجع السابق، ص١٧٠، ١٧٢، والدكتور طعيمه الجرف المرجع السابق، ص٦٨ وما بعدها.

(٣) M. Hauriou, Précis de Droit constitutionnel, 1929, P. 246.

الفقه الدستوري الحديث وموقف الدستور من قضيتي السلطة والحرية:

غير أن الاتجاه التقليدي قد بدأ في الاهتزاز والانحسار، إذ سرعان ما اتضح خطأ الربط بين وجود الدستور والأنظمة الديمقراطية الحرة ذلك الربط الذي كان وليد اعتبارات وظروف سياسية واجتماعية معينة عاصرت نشأة الدساتير المكتوبة فأسهمت في تحديد المدلول الديمقراطي للدستور، وبدا واضحاً أن الفكر التقليدي يضيق كثيراً من فكرة الدستور والقانون الدستوري حيث لا يقر بوجود الدستور إلا في الدول ذات الأنظمة الديمقراطية وعلى العكس من ذلك ينكر وجوده خارج هذه الدول.

ورأى الفقه الدستوري الحديث أن الدستور يوجد بالضرورة في كل دولة أياً كان النظام السياسي السائد فيها - مقيداً كان أم مطلقاً[١] - ما دام فيها تنظيم للسلطة. فهو على حد قول الأستاذ G. Burdeau بمثابة القناة التي تعبرها السلطة من قبل صاحبها الأصلي - الدولة - إلى الممارسين لها وهم فئة الحكام. فالدستور لا يرتبط وجوده بدول تدين بفلسفات معينة وإنما يرتبط وجوده بوجود الدولة ذاتها وباستجماع أركانها.

وعلى هذا النحو يؤمن الفقه الدستوري الحديث بأن كل دولة لا بد وأن يكون لها دستور يحدد نظام الحكم فيها ويبين السلطات العامة، وكيفية تكوينها واختصاصاتها وعلاقاتها ببعضها وموقفها إزاء المواطنين، أياً كان شكل هذا النظام، وأياً كان قدر احترامه لسيادة الشعب ولحقوق الأفراد[٢]. فالدستور باعتباره «تنظيماً» للسلطة - كما ذهب إلى ذلك كل من الأستاذ Marcel

---

(١) راجع في ذلك:

Georges Burdeau, op. cit, P. 54.

Bernard Chantebout: op. cit, P. 24.

(٢) وراجع من الفقه المصري الدكتور يحيى الجمل المرجع السابق، ص١٩، الدكتور طعيمه الجرف، المرجع السابق، ص٧٠، الدكتور عبد الفتاح حسن، المرجع السابق ص٢٥، الدكتور مصطفى =

Prelot [1] والأستاذ Georges Vedel[2] يكون موجوداً في البلاد ذات الحكم الديمقراطي والبلاد ذات الحكم المطلق ، فهو لم يعد سمة مرصودة لأنظمة الحكم الديمقراطي كما ذهب إلى ذلك الفقه التقليدي[3]. فالبرتغال وقت أن كان يسودها نظام حكم دكتاتوري كان لها دستور هو الدستور الصادر في ١١ ابريل ١٩٦٣ ، وامبراطورية أثيوبيا كانت أيضاً دولة ملكية مطلقة وكان لها دستور هو الدستور الصادر في ٤ نوفمبر ١٩٥٥[4]. والتاريخ الدستوري مليء بشواهد دساتير كثيرة أقامت نظماً سياسية معادية للأنظمة الديمقراطية الحرة كدستور النمسا الصادر عام ١٩٣٤ ، ودستور بولونيا الصادر عام ١٩٣٥[5].

محاولة للتوفيق بين الفقه الدستوري التقليدي وبين الفقه الدستوري الحديث: التوفيق بين السلطة والحرية

La conciliation de l'autorité et de la liberté

إذا كان الفقه الدستوري الحديث في مجموعه يسلم على النحو السابق بظاهرة عالمية الدساتير أو عموميتها L'universalité de constitutions[6]، أو

= أبو زيد ، المرجع السابق ، ص٧٧ ، والدكتور وحيد رأفت ووايت إبراهيم : القانون الدستوري ١٩٣٧ ، ص٣ ، الدكتور عبد الحميد متولي ، الفصل في القانون الدستوري ١٩٥٢ ، ص٤٠ .

(١) Marcel Prélot: Institutions politiques et droit constitutionnel, 1972, P. 32.

(٢) Georges Vedel: Cours de droit constitutionnel et institutions politiques. Les cours de droit 1961, P. 8.

(٣) راجع في عرض الفقه التقليدي والانتقادات الموجهة إليه:

André Hauriou: Droit constitutionnel et institutions politiques, sixième édition, 1975. P. 30 et suiv.

(٤) Claude Leclercq, op. cit, P. 77. Jean Cadart , op. cit, P. 112 et 113.

(٥) الدكتور طعيمة الجرف ، المرجع السابق ، ص٧٠ .

(٦). Claude Leclerq, op. cit, p.77.

بمعنى آخر بفكرة حياد الدساتير[١] وعدم الربط بينها وبين فلسفات سياسية معينة وبصفة خاصة فلسفة النظام الديمقراطي الحر، إلا أننا نجد البعض من الفقهاء المحدثين أمثال الأستاذ Andre Hauriou قد رفض التسليم بجوهر فكر كل من الفقه الدستوري التقليدي والفقه الدستوري الحديث، ورأى في الدستور أنه أداة للتوفيق بين السلطة والحرية، وأن القانون الدستوري ينظم في الدول تعايشاً سلمياً بين هذين الموضوعين أي بين السلطة والحرية[٢].

بدأ الأستاذ أندريه هوريو في مؤلفه (القانون الدستوري والأنظمة السياسية) بعرض فقه كل من زعماء الاتجاهين وبالذات فقه الأستاذ مارسيل بريلو M. Prelot عن الاتجاه الحديث، والأستاذ مركين جيتزفيتش Merkine Guetzevitch عن الإتجاه التقليدي.

فمن ناحية، رأى الأستاذ أندريه هوريو، أن ما ذهب إليه الأستاذ مارسيل بريلو في تعريفه للقانون الدستوري- من أنه فن السلطة أو أداتها Technique de L'autorité، وانه (أي الدستور) من الناحية المنطقية والتربوية ليس سوى «علم القواعد القانونية التي بموجبها تؤسس السلطة السياسية وتمارس وتنتقل في الدولة»، وان «ظاهرة السلطة العامة تمثل بذاتها في مظاهرها القانونية موضوع القانون الدستوري، فتنوع الدساتير إلى استبدادية، تسلطية، أو معتدلة ليبرالية أو ديمقراطية، ليست سوى نماذج متباينة للدستور الذي يتضمن أسس التنظيم الحكومي في كل دولة»[٣].- وإن كان صحيحاً في شق منه، وهو

(١) أنظر الدكتور يحيى الجمل المرجع السابق ص١٩، والدكتور طعيمه الجرف، المرجع السابق ص٢٩.

(٢) André Hauriou: Droit constitutionnel et institutions Politiques sixième édition 1975, P. 30.

(٣) M Prelot: Introduction à l'étude du droit public, cité par Hauriou op. cit, P.30.

أنه لا يوجد أي مجتمع سياسي دون أن توجد على رأسه سلطة منظمة ، وقواعد تتعلق بكيفية إنشائها وممارستها[1] إلا أنه لا يمكن التسليم به على إطلاقه ، وبالتالي يصعب التسليم بجوهر فقه الاتجاه الحديث الذي يرى في الدستور أنه تنظيم للسلطة فحسب ، وذلك لاعتبارين غاية في الأهمية .

الأول : أن الفقه الحديث ـ مثلاً في فقه الأستاذ بريلو ـ من شأنه أن يؤدي إلى الإعتقاد بأن ممارسة السلطة قد صارت غاية في ذاتها ، وأنها تجد تبريرها في مصلحة الحكام ، وبالتالي يقوم هذا الاتجاه على إغفال أولى بديهيات القواعد الدستورية وهي أن ممارسة السلطة لا تجد تبريرها إلا في مصلحة المحكومين .

والثاني : إن الفقه الحديث قد أغفل الظروف التاريخية التي عاصرت نشأة القانون الدستوري ، إذ نشأ هذا العلم في الأزمنة التي ارتضى فيها أصحاب السلطة ـ وغالباً ما كانوا ملوكاً مستبدين ـ الإبقاء على التوازن بين سلطتهم وحريات الأفراد ، وذلك تحت ضغط الرغبة من جانب الأفراد في الحفاظ على حرياتهم الفردية والمشاركة في ممارسة شئون الحكم[2] .

وقد أشار الأستاذ أندريه هوريو إلى التفسير الصحيح الذي أعطاه الأستاذ موريس دوفرجيه لاصطلاح « دستوري » Constitutionnel بأنه يعني في وقت واحد إعطاء التنظيمات السياسية الشكل والمضمون على أن يكون لمفهوم الحرية نصيباً وافراً فيها[3] . وتبعاً لذلك رفض الأستاذ أندريه هوريو اعتبار الدستور أداة تنظيم للسلطة فحسب ، وهو ما ذهب إليه الفقه الحديث .

---

(١) قلنا إن العميد فيدل قد تبني ذات التعريف واعتبر أن الدستور أو القانون الدستوري تنظيم للسلطة .

وانظر أيضاً في الاشارة إلى ذلك:
G. Vedel, op. cit, P. 8
André Hauriou op. cit, P. 31

(٢) André Hauriou, op. cit, P. 31.

(٣) André Hauriou, op. cit, P. 32.

ومن ناحية ثانية ، لم يسلم الأستاذ أندريه هوريو بما ذهب إليه الفقه التقليدي ، وبخاصة ما ذهب إليه الأستاذ مركين جيتزفيتش من تعريف للدستور أو للقانون الدستوري بأنه فن أو صناعة الحرية Une technique de la liberté أي تنظيم لها . ورأى هوريو أن القول بأن الدستور أو القانون الدستوري تنظيم للحرية وإن كان ـ لا شك ـ أمراً مرغوباً فيه ، إلا أنه لا يكون حرياً بالقبول لما يتضمنه من تجوز وشطط واضح ، إذ يؤدي اعتماد هذا القول إلى سهولة الاعتقاد بعدم وجود حدود للنزعة نحو الحرية . والحقيقة أن الحرية إذا لم تمارس في حدود وضوابط في إطار سلطة منظمة لانقلبت بالضرورة إلى فوضى[1] .

وعلى هذا النحو رفض الأستاذ أندريه هوريو موقف كل من الفقه الدستوري الحديث الذي رأى في الدستور تنظيماً للسلطة ، والفقه الدستوري التقليدي الذي رأى فيه تنظيما للحرية ، وانتهى إلى أن الدستور أو القانون الدستوري يجب أن يكون أداة للتوفيق بين السلطة والحرية في إطار الدولة ، أو أداة للتعايش بينهما .

«Le droit constitutionnel est essentiellement la technique de la concilation de l'autorité et de la liberité».

والرأي عندي أن ما يقول به العلامة أندريه هوريو وإن صدق على الدستور باعتباره ما ينبغي أن يكون ، لا ينطبق على الدستور باعتبار ما هو كائن . وفي القول بغير ذلك إنكار لدساتير عرفتها دول يسود فيها الحكم المطلق . فالدساتير توجد في كل الدول سواء كان نظام الحكم فيها ديمقراطياً أو مطلقاً ما دام فيها تنظيماً للسلطة[2] .

---

(١) André Hauriou, op. Cit, P. 32.

(٢) وهو ما يسلم به الأستاذ أندريه هوريو حيث يقول : =

الدستور والنظام الدستوري:

انتهينا فيما سبق إلى أن كل دولة لا بد وأن يكون لها حتماً دستور أياً كان طبيعة نظام الحكم فيها وأياً كانت الفلسفة السياسية التي تدين بها - وذلك تبعاً للراجح من الفقه - إذ لا يمكن أن يتصور دولة دون أن يكون فيها تنظيم للسلطة السياسية.

غير أنه قد ثار التساؤل في هذا الخصوص عما إذا كان هناك ترادف بين اصطلاح الدستور واصطلاح النظام الدستوري أم أن كلا منهما يقصد به معنى محدداً؟ وبمعنى آخر هل كل دولة يكون لها دستور يكون لها نظام دستوري؟ اختلف الفقه الدستوري في هذا الشأن وتبلور هذا الخلاف في اتجاهين متمايزين.

الاتجاه الأول: ويمثله الأستاذ Georges Burdeau من الفقه الفرنسي. ويذهب إلى وجوب التفرقة بين اصطلاح دولة لها دستور Etat ayant une constitution واصطلاح دولة دستورية Etat constitutionnel أو دولة لها نظام دستوري[1]. ورأى الأستاذ جورج بيردو أنه وإن كان لكل دولة حتماً دستور ينظم السلطة فيها، إلا أنه ليس من اللازم أن تكون دولة دستورية أو دولة ذات نظام دستوري. فالدولة لا تكون دستورية أو ذات نظام دستوري إلا إذ وجدت بها حكومة مقيدة لا مطلقة[2] بحيث تتقيد جميع السلطات فيها

= «Pareille définition st, sans aucun doute, partiellement exacte. en ce qu'il n y a pas se dociété politique qui n'aient à lqeur tête un pouvoie organisé et que la connaissance des règles realtives à l'etablissement, l'exercice ou la transmission du pouvoir est indisponsable pour comprendre le régime politique d'un pays déterminé.

André Hauriou, op. cit, P.31.

(١) Georges Burdeau, op. cit, P. 54.

(٢) في هذا المعنى أنظر:

Georges Burdeau, op. cit, P. 54.

Georges Burdeau, une Survivance, la notion de constitution, mélanges a mestre 1956, P.53 et suiv.

بنصوص الدستور الذي يعمل على كفالة الحريات العامة للأفراد وضمان حقوقهم[1].

وعلى هذا النحو يستلزم وجود النظام الدستوري في الدولة أن يتضمن دستورها المبادىء الديمقراطية التي تجعل من سلطة الحكام سلطة مقيدة لا مطلقة، ويكفل نظاماً للحكم تصان فيه حقوق الأفراد وحرياتهم.

وقد اعتنق التفرقة السابقة العديد من الفقه الدستوري المصري. فلم يسلم بوجود النظام الدستوري في الدولة إلا إذا كان الدستور فيها مطبقاً وكانت الحريات العامة فيها مصونة ومكفولة[2].

وقد حدد الفقه الدستوري الفرنسي والمصري، القائل بوجود التفرقة بين اصطلاح الدستور والدولة ذات النظام الدستوري، الشروط الواجب توافرها لقيام النظام الدستوري أو الدولة الدستورية. ويمكننا اجمال هذه الشروط فيما يلي:

الشرط الأول: أن تكون الحكومة قانونية. ومعنى ذلك أن يخضع الحكام للقواعد القانونية المطبقة فيلتزمون حدودها ولا يخرجون عليها ما دامت قائمة ولم يتم الغاؤها من وجهة النظر القانونية.

وتبعاً لذلك لا يوجد النظام الدستوري في الدول ذات الحكومات الاستبدادية إذ لا يلتزم حكامها بقواعد القانون ولا يخضعون لأحكامه.

الشرط الثاني: وجوب تطبيق الدستور تطبيقاً سليماً وبصفة مستمرة، وأن

---

(١) ويشير الأستاذ بيردو إلى أن تحديد معنى النظام الدستوري على هذا النحو هو الذي يجعلنا نميز بين نظام الملكية المطلقة ونظام الملكية الدستورية، Burdeau, op. cit, p.54

(٤) الدكتور محسن خليل: النظم السياسية والقانون الدستوري الجزء الثاني، النظام الدستوري في مصر والجمهورية العربية المتحدة ١٩٧٤ ص٥، ٦، الدكتور مصطفى أبو زيد: النظام الدستوري للجمهورية العربية المتحدة ١٩٦٦ ص٧٧، الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص١٣، وانظر مؤلفنا: تحليل النظام الدستوري لجمهورية مصر العربية ١٩٧٨ ص٢٣.

يتم تشكيل الحكومة التي تباشر مظاهر الحكم طبقاً لما ورد في الدستور من أحكام وأن تمارس نشاطها وفقاً لهذه المبادىء فلا تخرج عليها ، وعلى هذا النحو يستلزم النظام الدستوري أو الدولة الدستورية وجود حكومة قانونية أو حكومة شرعية . Gouvernement de Droit ou Gouvernement légal .
وعلى عكس ذلك ينتفي قيام النظام الدستوري أو الدولة الدستورية إذا كانت الحكومة حكومة فعلية أو واقعية Gouvernement de fait ، لأن هذا النوع من الحكومات عادة إما أن يتم تشكيلها على خلاف ما تقضي به أحكام الدستور القائم في الدولة ، وإما أن تكون مشكلة أصلاً وفقاً لهذه المبادىء ولكنها تباشر اختصاصاً لم يمنحها إياه الدستور وتسمى الحكومة في الحالتين بالحكومة غير القانونية Gouvernement illégal .

الشرط الثالث: وجوب تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات La séparation des Pouvoirs ذلك المبدأ الذي يقضي بعدم تركيز السلطة في يد واحدة ووجوب توزيعها على هيئات متعددة ومستقلة بحيث تمارس كل منها اختصاصاتها على النحو المبين في الدستور .

وقيام سلطات متعددة بمباشرة السلطة ووظائف الحكم يحول ،كما أشار الى ذلك المفكر الفرنسي منتسكيو ، دون الاستبداد حيث تحد كل سلطة من سلطات السلطة الأخرى وتردها إلى حدودها إذا ما عنَّ لها تجاوزها والخروج عليها - وذلك عن طريق الرقابة المتبادلة التي تتقرر لكل سلطة إزاء الأخرى - إذ من الثابت أن السلطة توقف السلطة «Le pouvoir arrête le pouvoir» .
وتبعاً لما تقدم يتعارض قيام النظام الدستوري ، وبالتالي الدولة الدستورية مع قيام الحكومة المطلقة Gouvernement absolu حيث يركز الحاكم في يده جميع السلطات حتى ولو كان الحاكم يخضع في تصرفاته لحكم القانون وضوابطه .
الشرط الرابع: أن يتضمن الدستور النص على حقوق الأفراد وحرياتهم

ويكفل صيانتها على نحو ما تقضي به المبادىء الديمقراطية . هذا ويلاحظ أن تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات ـ وهو العنصر الثالث من عناصر النظام الدستوري أو الدولة الدستورية ـ يتضمن في ذات الوقت كفالة الحقوق والحريات العامة للأفراد إزاء السلطات العامة بالدولة(١).

الشرط الخامس: وجود هيئة قضائية تعمل على كفالة احترام قواعد الدستور والقانون في الدولة.

تلك هي شروط النظام الدستوري أو الدولة الدستورية كما وضعها الفقه التقليدي(٢). يبين من خلالها إن وجود النظام الدستوري أو الدولة الدستورية مرتبط بالنظام الديمقراطي الحر. فمفهوم النظام الدستوري لا يعني إلا الحكومات الحرة دون سواها ، الأمر الذي ترتب عليه ـ في نظر هذا الفقه ـ أن الدستور وإن كان يوجد حتماً في كل دولة ، إلا أن هذه الدولة قد لا تكون ذات نظام دستوري إذا ما تخلفت أحد الشروط الواجب توافرها لقيام الدولة الدستورية السالف التنويه عنها.

الاتجاه الثاني: لم يسلم الفقه الدستوري الحديث بما قال به أنصار الاتجاه الأول من وجوب التفرقة بين اصطلاح الدستور والنظام الدستوري وقصر مدلول الاصطلاح الثاني على الدول ذات الأنظمة الديمقراطية الحرة(٣).

---

(١) الدكتور عبد الحميد متولي ، الدكتور سعد عصفور ، الدكتور محسن خليل : القانون الدستوري والأنظمة السياسية القسم الثاني ص١٤٤ . Georges Burdeau, op. cit, P.137.

(٢) راجع في عرض هذه الشروط.

الدكتور عبد الفتاح سايردابر ، المرجع السابق ، ص١٧٢ ، الدكتور محمد كامل ليله ، المرجع السابق ، ص٥٢ هامش ، الدكتور رمزي طه الشاعر ، المرجع السابق ، ص٥٨ ، الدكتور محمود حلمي : المبادىء الدستورية العامة ١٩٦٦ ص٣٠ ، والدكتور محمد رفعت عبد الوهاب ، المرجع السابق ، ص١٤ .

(٣) من هؤلاء الفقهاء انظر الدكتور ثروت بدوي ، المرجع السابق ص٣١ الدكتور محمد كامل ليله المرجع السابق هامش ص٥٢ ، والدكتور رمزي طه الشاعر ، المرجع السابق، ص٦٠ .

ورأى الفقه الدستوري الحديث أن ما ذهب إليه الفقه السابق كان وليد اعتبارات تاريخية معينة كان من شأنها قصر مفهوم الدستور والنظام الدستوري على الحكومة الحرة التي تدين بمبادىء الديمقراطية. غير أن مفهوم الدستور قد تطور مع تطور نظم الحكم وسلم الفقه بوجوده - باعتباره تنظيماً للسلطة - في كل الدول أياً كان طبيعة نظام الحكم فيها ديمقراطياً أم غير ديمقراطي. ومن ثم كان المنطق العلمي يوجب أيضاً أن يتطور مفهوم النظام الدستوري بحيث ينطبق على أي نظام للحكم أياً كان حظه من التمتع بالمبادىء الديمقراطية، وبمعنى آخر سواء كان ديمقراطياً أو استبدادياً[1].

وعلى هذا النحو يذهب الفقه الحديث إلى عدم قصر النظام الدستوري على شكل معين للحكم أو على صورة خاصة من صور التنظيم السياسي[2]. فالنظام الدستوري يوجد في كل دولة أياً كان نظام الحكم فيها جمهورياً كان أو ملكياً، ارستقراطياً أو ديمقراطياً، حراً أو تسلطياً، فردياً أو اشتراكياً[3] وتبعاً لذلك يكون لكل دولة دستور ويكون لها في ذات الوقت نظام دستوري[4].

---

(١) الدكتور عبد الفتاح سايرداير، المرجع السابق، ص١٧٥؛ الدكتور رمزي طه الشاعر، المرجع السابق، ص٦٠.

(٢) الدكتور رمزي طه الشاعر، المرجع السابق، ص٦٠.

(٣) الدكتور ثروت بدوي المرجع السابق، ص٣٢.

(٤) ويقول الدكتور محمد كامل ليله في هذا الخصوص:

الواقع إن هذه النظرة إلى فكرة النظام الدستوري - أي فكرة ربط النظام الدستوري بالأنظمة الحرة - غير سليمه وقاصرة عن الإحاطة بالحقيقة، فكل دولة لها قانونها الدستوري الخاص بها، وهذا القانون يبين القواعد التي تحدد نظام الحكم في الدولة سواء أكان هذا النظام ديمقراطياً أم استبدادياً. فالنظام الدستوري لا يصح قصره على الدول الديمقراطية وبذلك تكون كل دولة لها قانون دستوري وتعتبر أيضاً ذات نظام دستوري بصرف النظر عن نوع هذا النظام. وهذا الاتجاه هو الذي يتفق مع تطور الأنظمة السياسية ويقبله العقل والمنطق السليم.

الدكتور محمد كامل ليله المرجع السابق، هامش ص٥٢.

ونحن من جانبنا نؤيد الاتجاه الأخير ونعضده لما يقوم عليه من اعتبارات منطقية وعقلانية إذ لا يجب ربط « النظام الدستوري » بأنظمة الحكم الديمقراطية وحدها ، وقصره على البلاد التي تدين دساتيرها بالمبادىء الديمقراطية وتعمل على تقييد سلطات الحكم وكفالة حريات الأفراد وحقوقهم. وكم من دساتير تضمنت منذ قيامها هذه المبادىء الديمقراطية وافترق الواقع عن القانون ، أي في التطبيق من الناحية العملية.

فالنظام الدستوري إذن يوجد ـ شأنه في ذلك شأن الدستور ذاته ـ في كل دولة ، أياً كانت المبادىء التي يقوم عليها نظام الحكم ، ديمقراطية كانت أو غير ديمقراطية ، وأياً كان موقف الدستور ذاته من مشكلتي السلطة والحرية ، أي مدى موقفه من تقييد سلطات الهيئات الحاكمة ، وتقديره لحقوق الأفراد وحرياتهم. فهو يوجد على السواء في الدول ذات الحكومات الاستبدادية والحكومات القانونية ، في الحكومات المطلقة والحكومات المقيدة ، وعلى هذا النحو يكون وجود الدستور والنظام الدستوري صنوان لا يفترقان.

حقيقة نجد الفقه الدستوري يعير اهتماماً بالغاً للأنظمة الدستورية التي تقوم على المبادىء الديمقراطية الحرة فيفسح لها في مؤلفاته مكاناً بارزاً ، إلا أن ذلك لا يعني بحال أن النظام الدستوري يكون قاصراً على الدول الديمقراطية وحدها. فالنظام الدستوري يوجد في كل دولة أياً كان النظام السياسي السائد فيها.

على هذا النحو يمكن القول إنه إذا كان لكل دولة دستور ما دام بها تنظيم للسلطة ، فإنه يكون لكل منها أيضاً نظام دستوري ، ويبقى بعد ذلك وصف هذا النظام بأنه ديمقراطي أو غير ديمقراطي حسبما تضمنه الدستور من مبادىء ديمقراطية أو غير ديمقراطية ، ومدى احترامه لسيادة الشعب وحقوق الأفراد وحرياتهم.

المبحث الثالث

مدى إمكان القول بوجود الدستور في الدول الناقصة السيادة

من الثابت أن الدستور ـ بالمعنى الذي سبق لنا تحديده ـ لا يمكن أن يكون في أي جماعة بشرية، فهولا يوجد إلا إذا تطورت هذه الجماعة تطوراً على نحو معين وصار فيها تنظيم للسلطة، واتخذت هذه الجماعة شكل الدولة. وقد رأينا أن الدستور يوجد ـ وفقاً للرأي الراجح من الفقه ـ في كل دولة بغض النظر عن الفلسفة السياسية التي تدين بها ديمقراطية كانت أو غير ديمقراطية.

وإذا كان وجود الدستور أمراً يرتبط بوجود الدولة على النحو السابق، فهل المقصود بلفظ الدولة في هذا المقام الدولة الكاملة السيادة فقط، أم أنه يمتد ليشمل الدولة الناقصة السيادة؟ وبمعنى آخر هل يقتصر وجود الدستور على الدول الكاملة السيادة فقط دون الدول الناقصة السيادة[1]؟

إن لهذا التساؤل أهمية بالنسبة للباحث أو المهتم بصفة عامة بدراسة التطور الدستوري المصري، وبالذات في الحقبة الزمنية التي كانت فيها مصر دولة ناقصة السيادة، وكانت تحت الانتداب البريطاني.

لقد أجاب الفقه الدستوري عن التساؤل السابق بالايجاب، فانتهى إلى أن الدستور لا يكون وقفاً على الدول الكاملة السيادة، فالدول الناقصة السيادة يمكن أن يكون لها أيضاً دستور. وقد استند الفقه في تأسيس وجهة نظره على

---

(١) كان أكثر الناس اهتماماً بهذا التساؤل الفقهاء الألمان اذ حظى هذا الموضوع بجانب من أبحاثهم وكان في مخيلتهم وضع الدويلات في الدولة الاتحادية. راجع الدكتور مصطفى أبو زيد: النظام الدستوري للجمهورية العربية المتحدة ١٩٦٦ ص٧٧ ومؤلفه: النظام البرلماني في لبنان الطبعة الأولى ١٩٦٩ ص١٤٠.

أن الدولة الناقصة السيادة إذا ما استطاعت أن تنظم سلطاتها الداخلية في وثيقة معينة، فإن هذه الوثيقة تسمى دستوراً. بل يمكن القول أيضاً بوجود الدستور في الدولة الناقصة السيادة حتى إذا كانت الدولة الحامية أو الدولة صاحبة الوصاية هي التي وضعت هذا الدستور[١]، ولا يفقد صفته إلا إذا كانت الدولة الخاضعة للوصاية لا تستطيع تغييره عندما تشاء[٢].

ولئن كان الدستور يمكن أن يوجد في الدولة الناقصة السيادة، فإنه يجب أن يلاحظ أن حرية هذه الدول في وضعه أو تعديله لن تكون كاملة، فهي لن تستطيع بطبيعة الحال أن تضع لنفسها دستوراً يكفل لها نظاماً دستورياً ديمقراطياً تكفل فيه حريات الأفراد وتصان فيه حقوقهم[٣]، إذ يكون طبيعياً أن تعمل الدول الحامية أو صاحبة الوصاية على أن تضمن نصوص الدستور من المبادىء ما يباعد بين الشعب وسيادته، حتى يجعل من سيادته سيادة إسمية لا فعلية، أو تجعل من السلطة التنفيذية أداة طيعة تدين بالولاء لها، الأمر الذي يعمل على تدعيم مركزها ويثبته في الدولة المحمية أو الخاضعة للوصاية.

إن التطور الدستوري المصري يكشف لنا بجلاء عن أن الدساتير (القوانين النظامية) التي صدرت عندنا إبان عهد الحماية - وبصفة عامة في الدول الناقصة السيادة - كانت متأثرة إلى حد كبير بالوضع السياسي السائد فيها، ولا يمكن أن تخرج هذه الدساتير في حقيقتها عن كونها تنظيماً للسلطة

---

(١) فالدستور اللبناني الصادر عام ١٩٢٦ قد وضعته سلطات الانتداب الفرنسي وذلك وفقاً للرأي الراجح للفقه اللبناني، ولذلك قيل بأن هذا الدستور قد صدر في شكل منحة من الحاكم الاجنبي ومع ذلك لم ينكر أحد على الدستور اللبناني وصف الدستور.

(٢) راجع في ذلك:

Carré de Malberg: contribution à la théorie generale de l'Etat, P. 159. - et suiv.

(٣) الدكتور مصطفى أبو زيد: النظام الدستوري للجمهورية العربية المتحدة ١٩٦٦ ص٧٨، النظام البرلماني في لبنان ١٩٦٩ ص١٤١.

فحسب - وعلى نحو ما تراه الدولة الحامية أو الدولة صاحبة الوصاية - فلا تتضمن أي تنظيم للحرية، بل هي إن تضمنت مثل هذا التنظيم الأخير،فسوف يكون بطبيعة الحال تنظيماً اسمياً غير واقعي، إذ يكون تقرير حريات الأفراد وحقوقهم في الدساتير شبحاً مخيفاً للدول الحامية أو صاحبة الوصاية، وسوف تعمل هذه الدول جاهدة على التفريق بين الدستور وتطبيقه العملي.

إن الدساتير التي توضع في الدول الخاضعة للوصاية أو المحمية سوف تبتعد بطبيعة الحال عن الأنظمة النيابية الحرة وتقترب أكثر فأكثر من أنظمة الحكم المطلقة، وسوف يكون ظاهرها الشرعية وتحوي في بطونها حكماً أكثر بشاعة وأشد خبثاً من حكم دكتاتوري سافر.

الفصل الثاني

أساليب نشأة الدساتير(١)

يقصد بأساليب نشأة الدساتير الطرق التي تتبع في وضعها ، ومن البديهي أننا نعني عند التحدث عن أساليب نشأة الدساتير النوع المدون منها ، أي

---

(١) انظر على وجه الخصوص في أساليب نشأة الدساتير:

André Hauriou: op. cit, P. 333.

Georges Vedel: op. cit, P. 64 et suiv.

Georges Burdeau: op. cit, P. 80 et suiv.

Claude Leclercq: op. cit, P. 80.

Marcel Prelot: Institutions politiques et droit constitutionnel, 1972, P. 210 et suiv.

Pierre Pactet: op. cit, P. 32

Julien Laferrière op cit, P. 274.

Bernard Chantebout: op. cit, P. 31.

Henri Victor Mallard: op. cit, P. 33.

Jean – Marie Auby et Robert Ducos – Ader: Cours élémentaire de droit économic et de droit public, p.19., Benoit Jeanneau op. cit, P.49, et suiv.

ومن الفقه المصري انظر :

الدكتور عبد الحميد متولي : القانون الدستوري والأنظمة السياسية ١٩٦٦ ص١٨ ، المفصل في القانون الدستوري ١٩٥٢ ص٨٢ ، الدكتور السيد صبري ، المرجع السابق، ص٢١٩ ، الدكتور وحيد رأفت ووايت إبراهيم ، القانون الدستوري ١٩٣٧ ص١٦ ، الدكتور عثمان خليل ، المرجع السابق ص١٨ ، الدكتور ثروت بدوي ، المرجع السابق، ص٤٥ ، الدكتور يحيى الجمل ، المرجع السابق ص٤٧ ، الدكتور عبد الفتاح حسن : مبادىء النظام الدستوري في الكويت ١٩٦٨ ، ص٥٥ ، الدكتور مصطفى أبو زيد : النظام الدستوري للجمهورية العربية المتحدة ١٩٦٦ ، ص٨٥ ، ومؤلفه النظام البرلماني في لبنان ١٩٦٩ ص١٤٩ ، الدكتور طعيمه الجرف ، المرجع السابق ،ص٨١ ،الدكتور محمد كامل ليله ، المرجع السابق ، ص٦٣ ، الدكتور سعد =

الدساتير المكتوبة écrits دون الدساتير العرفية ، إذ أن هذا النوع الأخير من الدساتير ينشأ عن طريق العرف ، الذي يتقرر بمرور الزمن وبتواتر العمل به. والدساتير التي تنشأ عن طريق العرف لا توضع ولا تسن في وثيقة من الوثائق ، ومن ثم فإن دراستنا لأساليب نشأة الدساتير تنحصر في الدساتير المكتوبة.

والطريقة التي تتبع في وضع الدستور تتأثر إلى حد كبير بنظام الحكم المطبق في الدولة والظروف السياسية التي تعايشها ، لذا لم يكن من المستطاع ، على حد قول الأستاذ G. Burdeau الاتفاق على أسلوب واحد يكون صالحاً لوضع الدساتير في جميع الدول[1]. والحقيقة أن الحديث عن أساليب نشأة الدساتير وتنوعها يرتبط تاريخياً بتطور فكرة السيادة في الدولة وتحديد الصاحب الحقيقي والفعلي لها. فقد سبق ورأينا من خلال دراستنا للنظم السياسية ـ الجزء الأول ـ أن الحكام (الملوك) كانوا يعتبرون أنفسهم ـ وليس الأمة أو الشعب ـ أصحاب السيادة في الدولة ، ومن ثم كان من الطبيعي أن يختصوا دون سواهم بوضع الدستور. فكان يصدر منهم في شكل منحة إلى الشعب ، ثم رأينا أيضاً أنه قد ترتب على ظهور النظريات الفلسفية ـ كالعقد الاجتماعي ـ أن بدأ وعي الشعوب يظهر في الأفق ، متجسداً في مقاومة الحكام وحكمهم المطلق ،

= عصفور : القانون الدستوري ١٩٥٤ ، ص٢٠٦ ، الدكتور محسن خليل : النظم السياسية والدستور اللبناني ١٩٧٩ ، ص٥٢١ ، الدكتور رمزي طه الشاعر ، المرجع السابق ، ص٩٩ ، الدكتور شمس مرغني علي : القانون الدستوري ١٩٧٧ ، ص٤٨ ، الدكتور محمد حسنين عبد العال ، المرجع السابق ، ص٤٣ ، الدكتور عبد القادر الجمال : النظم الدستورية العامة ١٩٥٣ ، ص١٩ ، الدكتور فؤاد العطار ، المرجع السابق ، ص٢١٢ ، الدكتور ماجد راغب الحلو : القانون الدستوري ١٩٧٦ ، ص٧ ، والدكتور محمود حلمي ، المرجع السابق ص٤٦ ، والدكتور إسماعيل مرزه المرجع السابق ص١١٧ .

(١) Georges. Burdeau: Droit constitutionnel et institutions politiques 1968, P.80.
وانظر أيضاً الدكتور ثروت بدوي ، المرجع السابق ، ص٤٦ ، الدكتور سعد عصفور ، القانون الدستوري ١٩٥٤ ، ص٢٠٦ .

حتى بات لهم حق الاشتراك في شئون الحكم. وقد تبلور ذلك بداءة في اشتراك الشعب مع الحكام في وضع الدستور، فكان يصدر في شكل عقد بين الحكام (الملوك) من جانب والشعب من جانب آخر.

غير أنه نتيجة لظهور المبادىء الديمقراطية وانتشارها - والتي تجعل من الأمة أو الشعب دون الحاكم الصاحب الحقيقي والفعلي للسيادة - انفردت الأمة أو الشعب بوضع الدساتير، وذلك إما عن طريق جمعية تأسيسية أو عن طريق الاستفتاء الدستوري[1].

وعلى هذا النحو لازم التطور السياسي لفكرة السيادة وبالتالي التطور السياسي لأنظمة الحكم - من ملكيات مطلقة إلى ملكيات مقيدة، وتحول النظام الملكي في غالب الدول إلى نظام جمهوري -، تطوراً آخر في أساليب نشأة الدساتير من أسلوب المنحة، إلى أسلوب العقد إلى أسلوب الجمعية التأسيسية، إلى أسلوب الاستفتاء الشعبي.

على أنه يجب أن يلاحظ في هذا الخصوص أنه إذا كان ظهور التيار الديمقراطي وانتشاره قد أدى إلى ظهور وسيلة الجمعية التأسيسية ووسيلة الاستفتاء الشعبي، باعتبارهما من الأساليب الديمقراطية لوضع الدساتير في الوقت الراهن، فإن ذلك لا يعني بحال اندثار أسلوب المنحة أو أسلوب العقد في هذا الخصوص؛ فهناك كثير من الدساتير قد صدرت - وفي القرن العشرين - تبعاً لهذين الأسلوبين[2].

---

(١) انظر مؤلفنا دراسات في النظم السياسية محاضرات ألقيت على طلبة كلية الحقوق بجامعة بيروت العربية ١٩٨٠ ص٢٧ ومابعدها ،وراجع في ذات المعنى الدكتور فؤاد العطار، المرجع السابق، ص٢١٢، وما بعدها، والدكتور محسن خليل: النظم السياسية والدستور اللبناني ١٩٧٩ ص٥٢١.

(٢) ومن أمثلة الدساتير التي صدرت بأسلوب المنحه الدستور الخاص بامارة موناكو الصادر في ٥ يناير ١٩١١، والدسنور المصري الصادر في ١٩ أبريل عام ١٩٢٣، ومن أمتلة الدساتير التي صدرت بأسلوب العقد بين الملك والشعب الدستور العراقي الصادر عام ١٩٢٥، وكذلك دستور دولة الكويت الصادر عام ١٩٦٢ إذ وضع الدستور الأول جمعية تأسيسية وصدق عليه الملك =

ويجدر بنا قبل التعرض لأساليب نشأة الدساتير أن نلقي بعض الضوء على السلطة المختصة بوضعها ومدى حريتها في هذا الخصوص.

السلطة التأسيسية الأصلية:

أياً كان أسلوب نشأة الدساتير - أي سواء تبدي في شكل منحة من الحاكم، أو في شكل عقد بين الحاكم والشعب، أو كان من عمل جمعية تأسيسية، أو نتيجة استفتاء شعبي، فإن الفقه الدستوري يطلق على السلطة التي تضع الدستور - سواء أكان الحاكم أم الحاكم والشعب أم الشعب وحده - السلطة التأسيسية الأصلية Pouvoir constituant originaire تمييزاً لها عن ما يسمى بالسلطة التأسيسية المنشأة Le pouvoir constituant institué[1] أو Le pouvoir constituant derivé[2].

ويعني الفقه الدستوري جل عناية بإبراز الفوارق بين كل من السلطتين الأصلية والمنشأة، فيشير إلى أن السلطة التأسيسية الأصلية - وهي التي يناط بها مهمة وضع الدستور - لا تنظمها نصوص خاصة، ولا تتلقى اختصاصاً من نصوص موجودة، إذ هي تتدخل في وقت لا يكون بالدولة نصوص دستورية

= ووضع الدستور الثاني مجلس تأسيسي وصدق عليه الأمير.
راجع في ذلك الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص٤٧ وما بعدها. وراجع في خصوص أسلوب نشأة دستور دولة الكويت، الدكتور عبد الفتاح حسن: مبادىء النظام الدستوري في الكويت ١٩٦٨ ص١٣٨.

(١) Georges Burdeau, op. cit, P. 77 et suiv.
(٢) Michel Henry Fabre: Principes républicains de droit constitutionnel, 1977, P. 154.
Marcel Prelot, op. cit, P. 210.
Georges Vedel, op. cit, P. 63.
Benoit Jeanneau op. cit, P. 51.

قائمة[1]، وتقوم هي في هذه الحالة بوضع دستور جديد للدولة[2].

أما السلطة التأسيسية المنشأة - والتي يناط بها مهمة تعديل الدستور - فهي تقوم طبقاً لنصوص دستورية قائمة، وتمنح اختصاصاً محدداً بمقتضاها[3].

متى تتدخل السلطة التأسيسية الأصلية:

إذا كانت السلطة التأسيسية الأصلية هي التي يناط بها أمر إعداد الدستور أو وضعه، فمتى تتدخل هذه السلطة؟ وبمعنى آخر متى يثور أمر وضع دستور جديد؟

إن السلطة التأسيسية الأصلية تتدخل لوضع دستور جديد في حالتين:

الأولى: عند ميلاد أو نشأة الدولة الجديدة[4] أو عند حصولها على استقلالها. ففي مثل هذه الحالات لا بد من وضع دستور للدولة، وهنا يغدو تدخل السلطة التأسيسية الأصلية أمراً واجباً[5]. وهذا ما حدث بعد موجة =

(١) Jacques Cadart op cit, P. 118.
Marcel Prelot, op. cit., p.210.
Georges Vedel op. cit, P. 63.
Georges Burdeau, op. cit, P. 78.

(٢) Pierre Pactet, op. cit, P. 12.
Bernard Chantebout, op. cit, P. 31 et suiv.

(٣) Marcel Prelot, op. cit, P. 210 et Benoit Jeanneau op. cit, P. 52.
Georges Burdeau, op. cit, P. 77.
وراجع في السلطة التأسيسية الأصلية والمنشأة، الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي: النظام البرلماني في لبنان ١٩٦٩ ص١٤١، ومؤلفه النظام الدستوري في الجمهورية العربية المتحدة ١٩٦٦ ص٧٩.

(٤) Pierre Pactet, op. cit, P. 32.

(٥) Georges Vedel, op. cit, p.65.
Pierre Pactet; op. cit, P. 32.
Andrè Hauriou op. cit, P. 333.
Jacques Cadart op. cit, P. 118.

الاستقلال في أعقاب الحرب العالمية الأولى والثانية(١)، إذ حاولت الدول التي نالت استقلالها أن تضع دساتير تنظم بها حياتها الجديدة، وتحتل بمقتضاها - فضلاً عن ذلك - المركز اللائق في الأوساط الدولية(٢).

الثانية: عندما ينهار النظام السياسي المطبق بالدولة إثر ثورة أو انقلاب، في هذه الحالة يسقط الدستور القديم نهائياً وتظهر الحاجة إلى وضع دستور جديد، وهنا تدعى السلطة التأسيسية الأصلية لوضع الدستور(٣).

---

(١) وهذا ما حدث بالنسبة لتشيكوسلوفاكيا وبولونيا والهند وباكستان وشاطىء العاج بعد الحربين.

Georges Vedel, op. cit, P. 65.

André Hauriou, op. cit, P. 33.

André Hauriou, Lucien sfez: Institutions politiques et droit constitutionnel, 1972, P 183.

(٢) ويقول André Hauriou في مجال التعرض لأسباب انتشار الدساتير في الدول الحديثة العهد بالاستقلال. «إن الدستور يعد بمثابة اعلان على المستوى الدولي لميلاد دولة جديدة.

«La publication d'une constitution est une manifestation du standing international du nouvel Etat».

فهذه الدول تستطيع أن تقول باعلان دساتيرها «بأنني قد وصلت إلى مرتبة النضج السياسي» «Je suis arrivé au state de la maturitť politique».

ويشبه الأستاذ اندريه هوريو دخول الدول الحديثة العهد بالاستقلال في المجتمع الدولي بدون دستور قائلاً:

«On peut dire que prétendre entrer dans la société international sans constitution serait un peu comme se présenter à une soirée en constume de bain».

ويضرب الأستاذ هوريو في هذا الخصوص مثلاً حياً على مدى حرص هذه الدول على نشر دساتيرها فور استقلالها حتى تتمكن من الانضمام للمنظمات الدولية للدفاع عن حقوقها في المجتمع الدولي، بأن غينيا قد أعلنت استقلالها في ١٢ أكتوبر ١٩٥٨ وحتى يستطيع الرئيس سكتوري أن يحصل على قبول الجمهورية الغينية عضواً في منظمة الأمم المتحدة عمل على اعلان دستورها في ١٠ نوفمبر عام ١٩٥٨، وأعلنت المنظمة قبولها عضواً في ١٢ من ذات الشهر.

راجع André Hauriou, op. cit P. 85 et suiv.

(٣) Bernard Chantebout, op. cit, P. 32.

مدى حرية السلطة التأسيسية الأصلية في وضع الدستور:

إذا كانت السلطة التأسيسية الأصلية تقوم بوضع الدستور على النحو السابق، فإن التساؤل يثور عن مدى حريتها في وضعه، أي مدى ما يكون لها من سلطات في هذا الخصوص

يجيب الفقه الدستوري على ذلك بأن السلطة التأسيسية الأصلية تختلف عن السلطة التأسيسية المنشأة في مدى السلطات المخولة لكل منها. فالسلطة التأسيسية الأصلية تتمتع بحرية مطلقة في مجال إعداد التشريع الدستوري الجديد، فهي تستطيع أن تهجر النظام الملكي في الحكم إلى النظام الجمهوري، وهي تستطيع أن تتبنى الصورة التي تحلو لها من صور الديمقراطية كنظام للحكم، فتستطيع أن تعدل عن النظام الديمقراطي النيابي إلى النظام الديمقراطي شبه المباشر، وتستطيع أن تستبدل النظام البرلماني بالنظام الرئاسي، وهي تستطيع أيضاً أن تأخذ بالايديولوجية السياسية التي تروق لها، فتعبر النظام الليبرالي الحر إلى النظام التدخلي أي من الرأسمالية إلى الاشتراكية[1].

إن السلطة التأسيسية الأصلية وهي تضع الدستور تتمتع بسلطات مطلقة، فهي حرة في اعتناق ما تراه مناسباً وملائماً لظروف الدولة.

تنوع أساليب نشأة الدساتير

تختلف أساليب نشأة الدساتير بطبيعة الحال حسب المفهوم السائد عن صاحب السلطة التأسيسية الأصلية الذي يملك وضع الدستور. أهو الحاكم

= Georges Vedel, op. cit, P. 65.

وراجع بصفة خاصة الدكتور مصطفى أبو زيد النظام البرلماني اللبناني ١٩٦٩ ص١٤٢، والدكتور يحيى الجمل، المرجع السابق، ص٤٧.

(١) راجع الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي: النظام البرلماني في لبنان ١٩٦٩ ص١٤٨.

أم هو الحاكم والشعب معاً أم هو الشعب وحده حسبما بيّنا من قبل.

وقد درج فقه القانون الدستوري - التقليدي والحديث - على تقسيم أساليب نشأة الدساتير - من حيث مدى اعتناقها للمبادىء الديمقراطية - إلى أسلوبين أولهما الأسلوب غير الديمقراطي، والآخر الأسلوب الديمقراطي.

ولدراسة كل من هذين الأسلوبين سوف نقسم هذا الفصل إلى المبحثين التاليين:

المبحث الأول: في الأسلوب غير الديمقراطي لنشأة الدساتير.

المبحث الثاني: في الأسلوب الديمقراطي لنشأة الدساتير.

المبحث الأول

الأسلوب غير الديمقراطي لنشأة الدساتير

هو الاسلوب الذي تتبدى فيه ارادة الحاكم وحده في وضع الدستور، أو تتلاقى فيه ارادته وارادة الشعب. ففي الحالة الأولى يكون الدستور قد صدر في شكل المنحه من الحاكم، ملكا كان أو امبراطورا، وفي الحالة الثانية يكون الدستور قد صدر في شكل عقد بين الحاكم من جانب والشعب من جانب آخر. ويسمى هذا الاسلوب - سواء صدر الدستور في شكل منحه أو في شكل عقد - بالاسلوب غير الديمقراطي لأن ارادة الأمة او الشعب لم تستقل بشأن وضع الدستور. وعلى أي حال فان هذا الاسلوب يمثل - بصورتيه - مرحلة الملكية وتطورها من ملكية مطلقة الى ملكية مقيدة.

صدور الدستور في شكل منحه : L'octroi

يكون الدستور قد صدر في شكل منحه اذا استقل الحاكم بوضعه، فتنازل بوصفه صاحب السيادة عن بعض سلطاته للشعب في صورة مواثيق أو عهود. ويعتبر الدستور في هذه الحالة منحة ملكية وتنازلاً من جانب الحاكم عن بعض حقوق السيادة التي يملكها[1].

ويلاحظ أن منح الدستور من جانب الحاكم قد يكون تلقائياً أي بمحض إرادته - وإن كان ذلك من الوجهة النظرية - ، وقد يكون تحت ضغط وإكراه

---

(١) راجع في ذلك :

Julien Laferriere: op. cit. p. 275.

Georges Burdeau, op. cit., p. 81.

Bernard Chantebout, op. cit., p. 33.

وراجع أيضاً الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص٤٩ ، الدكتور رمزي طه الشاعر، المرجع السابق، ص١٠٠ ، الدكتور محمد كامل ليله، المرجع السابق، ص٦٣ ، والدكتور محسن خليل، المرجع السابق، ص٥٢٢ .

من جانب الشعب ، وهو ما يصدق على أغلب الحالات التي يصدر فيها هذا النوع من الدساتير. فالظروف السياسية هي التي تدفع الحاكم عادة الى منح الدستور ، بل إن شئنا الدقة قلنا إنها هي التي تجبره[١]. والحاكم يكون إزاء هذه الظروف أمام فرضين: إما أن يصدر الدستور فيستجيب لمطلب الشعب خشية التعرض لسخطه وثورته ، فيصدره بإرادته المنفردة في شكل منّة أو منحة إلى شعبه فيحفظ لنفسه هيبته وكرامته[٢]. وإما أن لا يصدره فيتحدى شعبه. ويكون في هذه الحالة على استعداد للمقامرة بملكه وسلطانه. ولا مراء من أن الحاكم سوف يختار الحل الأول بطبيعة الحال[٣].

إن التاريخ الدستوري خير شاهد لنا في هذا الخصوص ، على أن الملوك لا يمنحون الدستور إلا تحت الضغط والشعور بيقظة شعوبهم التي قد تشكل خطراً على ملكهم وسلطاتهم. وقلّما يقدم لنا التاريخ شاهداً لحاكم فرد تحول بإرادته المختارة الحرة إلى حاكم مقيد[٤].

ومن أمثلة الدساتير التي صدرت في شكل منحة ، الدستور الفرنسي الصادر عام ١٨١٤ عقب هزيمة نابليون ورجوع الملكية إلى فرنسا[٥] ، والدستور

(١) في هذا المعنى ، أنظر:

Georges Burdeau, op. cit., p. 81.

Marcel Prelot, op. cit., p. 312.

(٢) الدكتور عبد الفتاح حسن ، المرجع السابق ، ص٥٧ والدكتور ثروت بدوي ، المرجع السابق ، ص٥٠.

(٣) ويرى بعض الفقه أنه وإن كانت هذه الدساتير قد نصت صراحة على أنها منح إلا أنه يحسن - في نظرهم - عدم استعمال اصطلاح المنحة. فهذا الاصطلاح يفيد أن ثمة من يقدم منحة بمحض اختياره ويملك أن يرجع فيها حينما يشاء والواقع أن الملوك ما أصدروا هذه الدساتير اختياراً وإنما خشية أن يضطروا إلى إصدارها إن هم لم يفعلوا.

راجع في هذا المعنى الدكتور سعد عصفور ، القانون الدستوري ١٩٥٤ ص٢٠٧ ، وانظر أيضاً المؤلف الجماعي ، القانون الدستوري والنظم السياسية الدكتور عبد الحميد متولي والدكتور سعد عصفور والدكتور محسن خليل ص٨٥.

(٤) الدكتور عبد الفتاح حسن ، المرجع السابق ، ص٥٧.

(٥) Georges Vedel, op. cit., p. 64.

وقد جاء في ديباجة هذا الدستور:

«Nous avons fait Volontairement et par le libre exercice de notre autorité royale

الياباني الصادر في عام ١٨٨٩[١]، والدستور الإيطالي عام ١٨٤٨[٢]، وكذلك معظم دساتير الولايات المتحدة الألمانية في القرن التاسع عشر.

ومن أمثلة الدساتير المعاصرة التي صدرت في شكل منحة الدستور المصري الصادر عام ١٩٢٣[٣]، والدستور الأثيوبي عام ١٩٣١[٤]، ودستور إمارة

= accorde et accordons, fait concession et Octroi a nos sujets de la charte constitutionnelle qui suit».

وراجع في الإشارة إلى ذلك أيضاً:

Georges Burdeau, op. cit., p. 81.
Bernard Chantebout, op. cit., p. 33.
Claude Leclercq, op. cit., p. 81.
Julien Laferriere, op. cit., p. 275.
Jacques cadart, op. cit., p. 118.

(١) ويعده الكتّاب اليابانيون خير مثال للدستور الممنوح، فصدوره لم يفرض على الملك بل كان منحه خالصه منه إلى الشعب بمحض إرادته.

(٢) الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص٥١.

Jacques Cadart, op. cit., p. 119.

وهو يشير إلى أن اتباع هذا الأسلوب في وضع الدساتير يكون منتشراً من الناحية العملية في االدول ذات النظام الدكتاتوري.

(٣) وقد جاء في ديباجة هذا الدستور:

نحن ملك مصر.

«بما أننا منذ أن تبوأنا عرش أجدادنا وأخذنا على أنفسنا أن نحتفظ بالأمانة التي عهد الله تعالى بها إلينا نتطلب الخير دائماً بكل ما في وسعنا ونتوخى أن ندرك بها السبيل التي نعلم أنها تفضي إلى سعادتها وارتقائها وتمتعها بما تتمتع به الأمم الحرة المتمدنة».

«ولما كان ذلك لا يتم على الوجه الصحيح إلا إذا كان لها نظام دستوري كأحدث الأنظمة الدستورية في العالم وأرقاها».

«وبما أن تحقيق ذلك كان دائماً من أجل رغباتنا ومن أعظم ما تتجه إليه عزائمنا، حرصنا على النهوض بشعبنا إلى المنزلة العليا التي يؤهلها له ذكاؤه واستعداده وتتفق مع عظمته التاريخية القديمة وتسمح له بتبوأ المكان اللائق به بين شعوب العالم المتمدين وأممه».

«أمرنا بما هو آت...».

(٤) وقد جاء في ديباجة هذا الدستور:

«Sans que nul nous n'ait sollicité, nous avons, de notre propre vouloir, decreté la presente constitution».

موناكو الصادر في عام ١٩١١[١].

ويثور التساؤل في فقه القانون الدستوري عما إذا كان للحاكم الذي منح الدستور حق استرداده ، أي أن يقوم بسحبه أو الغائه؟ وبمعنى آخر ما مدى التزام الحاكم صاحب السيادة بالدستور الذي منحه لشعبه؟

انقسم الفقه الدستوري في شأن الاجابة على هذا التساؤل الى اتجاهين متمايزين. فذهب أولهما - ويمثل رأي القلة - إلى أن الحاكم، وقد أصدر الدستور في شكل منحة أو منّة، يكون من حقه استرداده أو يلغيه في أي وقت، فمن يملك المنح يملك الاسترداد[٢]. ولا يحرم الحاكم من هذا الحق إلا إذا كان قد تنازل عنه صراحة في نصوص الدستور[٣].

وذهب ثانيهما - ويمثل رأي الأغلبية - إلى أن الدستور وقد منح من جانب الحاكم، فإن هذا الأخير لم يعط للشعب حقاً جديداً تفضل به عليه، ولكنه أعاد إليه سلطته الأصلية التي كانت مغتصبة منه في ظل حكمه المطلق[٤].

---

(١) وقد جاء في ديباجة هذا الدستور:

Nous Àlbert premier
Par la grâce de dieu.
Prince souverain de monaco.
Avons y volontairement et par le libre exercice de notre autorité souveraine accordè et accordons à nos sujets tant pour nous que pour nos successeurs l'organisation constitutionnelle qui suit».

(٢) الدكتور عبد الفتاح حسن، المرجع السابق، ص٥٨، الدكتور عبدالحميد متولي، المفضل في القانون الدستوري ١٩٥٢ ص٨٣.

(٣) أنظر في عرض هذا الرأي:

Jacques Cadart, op. cit, p.119.

والدكتور عبد الفتاح حسن، المرجع السابق، ص٥٧، الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص٥١، الدكتور عبد الحميد متولي: القانون الدستوري والأنظمة السياسية ١٩٦٦، ص ٦٩، والدكتور سعد عصفور، المرجع السابق، ص ٢٠٦، الدكتور إسماعيل مرزة، المرجع السابق، ص ١٢٣.

(٤) وقد قيل في ذلك إن الأمة هي في الأصل صاحبة الحق في حكم نفسها فإذا كان الملوك قد

فالدستور وقد منح من جانب الحاكم يكون قد تعلق به حق للأمة، فلا يجوز استرداده أو حتى تعديله إلا وفقاً للطرق القانونية المقررة لإنهاء الدساتير أو تعديلها[1].

ويضيف أنصار هذا الاتجاه أنه حتى مع التسليم بأن الدستور كان وليد إرادة الحاكم وحدها وليس نتيجة ضغط وإكراه من جانب الشعب، فإن قبول الأمة للدستور يوجب عدم الرجوع فيه أو محاولة تعديله، لأن الإرادة المنفردة يمكن أن تكون مصدراً للإلتزامات متى صادفت قبولاً من ذوي الشأن، ومن ثم يمتنع على الملك إمكان سحب الدستور الممنوح أو تعديله بعد قبول الأمة له[2].

وأيا كان الخلاف السابق والقول بجواز استرداد الدستور من جانب الحاكم أو عدم جوازه، فإن ثم ملاحظه تفرض نفسها في هذا الخصوص، وهي أن الحاكم حينما يصدر الدستور في شكل المنحه غالبا ما يتصور أن باستطاعته الرجوع فيه أو تعديله كما يشاء. وهذا ما حدث في فرنسا عام ١٨٣٠ حينما قرر الملك

اغتصبوا الحكم حيناً من الدهر ثم ردوا إلى الشعب هذا الحق المغتصب- كله أو بعضه- في صورة دستور ممنوح، فإنهم لا يستطيعون الرجوع في هذه المنحة وإلا كان في رجوعهم تجديداً لذلك الغصب غير المشروع.

الدكتور عثمان خليل، المرجع السابق، ص١٨.

(١) الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص٥٠، الدكتور عثمان خليل، المرجع السابق، ص١٨، الدكتور وحيد رأفت ووايت إبراهيم المرجع السابق، ص١٧، والدكتور محمد كامل ليله، المرجع السابق، ص٦٤.

(٢) االدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص٥٠.

وانظر في ذلك أيضاً: Julien Laferriere, op. cit., p. 275.

حيث يقول في هذا الخصوص:

Sans doute un engagement unilateral lie juridiquement son auteur qui ne peut le retracter...

On considerera donc que cet engagement unilateral ayant été accepte par la nation, le roi n'en pourrait être releve que du consentement de la nation exprimé par ses représentants».

شارل العاشر الغاء دستور ١٨١٤ الذي كان قد صدر في شكل منحه بحجة ان للملك حق سحبه والغائه متى اظهر الشعب نكرانا للجميل أو جحودا بالمنحة[١].

صدور الدستور بطريقة العقد **La pacte**

يكون الدستور قد صدر في شكل عقد اذا تم وضعه بالاتفاق بين الحاكم من جانب والشعب من جانب آخر[٢]. وعلى هذا النحو لا تنفرد ارادة الحاكم بوضع الدستور كما هو الحال في صدور الدستور في شكل منحه، ولا تنفرد إرادة الأمة وحدها بوضع الدستور - كما سنرى عند الحديث عن الأسلوب الديمقراطي - وإنما يكون الدستور، تبعاً لطريقة العقد، جماع إرادتين: إرادة الحاكم وإرادة الأمة. فهو عمل مشترك بين الحاكم والأمة[٣]. وبذلك يمكن القول إن السلطة التأسيسية الأصلية قد تبدت في الحاكم والأمة أو الشعب[٤].

وعلى كل حال فإن مرحلة وضع الدستور عن طريق العقد تمثل مرحلة وسطا «أو مرحلة انتقال» بين مرحلة استئثار الحاكم بوضع الدستور ومرحلة استئثار الأمة بوضعه.

ويحمل معنى وضع الدستور عن طريق العقد دلالة ظهور إرادة الأمة. ولذا يعد طريق العقد أكثر ديمقراطية من طريق المنحة[٥]، وإن كان كلاهما يحمل معني الكفر بالشعب والشرك به.

---

(١) الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص٥٠، والدكتور رمزي طه الشاعر، المرجع السابق، ص١٠٣.

(٢) Marcel Prelot, op. cit., p. 212: Benoit jeanneau op. cit., P.49.
Georges Burdeau, op. cit., p. 81.
Jacques Cadart, op. cit., p. 121.

(٣) Burdeau, op. cit., p. 81.
Georges Vedel, op. cit., p. 65.

(٤) الدكتور عبد الفتاح حسن، المرجع السابق، ص٥٨.

(٥) Jacques Cadart op. cit., p. 121.

ومن الناحية العملية يتم وضع الدستور بطريق العقد حين يقوم ممثلو الشعب (جمعية تأسيسية)[١] بوضع مشروع الدستور ثم يعرضونه على الحاكم الذي يوافق عليه ويوقعه وعندئذ تلتقي الارادتان ويتم وضع الدستور.

ويرى بعض الفقه أنه ليس ثَمَّ ما يمنع في اسلوب التعاقد من أن تتم مشاركة الشعب في وضع الدستور ليس بطريق مباشر بانتخاب جمعية تأسيسية تنوب عنه فى المساهمة فى اعداد الدستور، ولكن بطريق مباشر عن طريق الموافقة على مشروع الدستور في استفتاء عام. فطالما ان الدستور لا يكون نافذا بعد الموافقة عليه في الاستفتاء مباشرة. وإنما يلزم لذلك موافقة الحاكم أيضاً عليه، فإنه يكون عملا مشتركاً ونتيجة عقد بين الشعب والحاكم.

غير أن هذا الفقه يسلم بعد ذلك أن هذه الطريقة نظرية بحتة ،إذ أن أسلوب الاستفتاء في ذاته دليل على بلوغ الشعب درجة من الوعي واليقظة ينفرد عندها بالسلطة التأسيسية دون مشاركة من الحاكم في هذا الخصوص[٢].

واذا كانت طريقة التعاقد على النحو السابق مناطها اشتراك الحاكم والشعب في وضع الدستور، فان هذه الطريقة تقتضي ايضا اشتراك الشعب والحاكم في تعديل أي نص من نصوصه[٣]، وذلك وفقا للاجراءات التي نص عليها ذات الدستور، وبالتالي لا يستطيع الحاكم بارادته المنفردة أن يقوم بتعديله، ومن باب أولى لا يستطيع العدول عنه أو سحبه[٤].

ويشير الفقه إلى أن انجلترا كانت اسبق الدول في الأخذ بطريق التعاقد في انشاء الدساتير، وذلك على الرغم من أن دستورها في معظم اجزائه عرفي غير

(١) من البديهي أن لا تكون هذه الجمعية التأسيسية قد جاءت عن طريق التعيين- كلها أو أغلبها- من جانب الحاكم وإلا صار طريق وضع الدستور في هذه الحالة هو طريق المنحة لا طريق العقد فيجب أن تكون هذه الجمعية قد جاءت كلها أو أغلبها عن طريق الانتخاب.

(٢) الدكتور عبد الفتاح حسن، مبادىء النظام الدستوري في الكويت ١٩٦٨، ص٥٩.

(٣) الدكتور يحيى الجمل، المرجع السابق، ص٥٤.

(٤) الدكتور عبد الفتاح حسن، المرجع السابق، ص٥٩، والدكتور محمد كامل ليله، المرجع السابق، ص٦٧.

مسطور. فقد حدث أن ثار الأشراف في وجه الملك وتغلبوا على جيوشه وأجبروه على إمضاء العهد الكبير Magna Carta عام ١٢١٥، والذي يمثل حتى اليوم جزءاً مسطوراً من الدستور الإنجليزي القائم في غالبيته على العرف[١].

ومن أمثلة الدساتير التي صدرت عن طريق العقد بين الحاكم والشعب الدستور الفرنسي الصادر عام ١٨٣٠ الذي صدر في أعقاب ثورة يوليو ١٨٣٠ ضد الملك شارل العاشر، إذ قام البرلمان بوضعه ثم عرضه بعد ذلك على لويس فيليب دوق أورليان للموافقة عليه[٢].

ومن أمثلة الدساتير العربية التي صدرت بطريقة العقد الدستور العراقي الصادر في عام ١٩٢٥[٣] وكذلك الدستور الخاص بدولة الكويت الصادر في ١٢ نوفمبر ١٩٦٢ إذ تم وضع هذا الدستور الأخير بين الحاكم (الأمير) والشعب (المجلس التأسيسي)[٤]، حيث قام المجلس التأسيسي بوضع مشروع الدستور وعرضه بعد ذلك على الأمير فصدق عليه وأقره[٥].

---

(١) الدكتور عثمان خليل، المرجع السابق، ص١٩ .

(٢) Georges Burdeau, op. cit, P.81.
Julien Lafferriere, op. cit., p. 277.
Claude Leclercq, op. cit., p. 81.
R. Barraine, Droit constitutionnel et institutions politiques, 1972, p. 8.
Jacques Cadart, OP. CIT, P.121.
Georges Vedel, op. cit, P.15.

(٣) وقد جاء في ديباجته:
« بناء على ما قرره المجلس التأسيسي صادقنا على قانوننا الأساسي وأمرنا بوضعه موضع التنفيذ ».

(٤) أنظر الدكتور عبد الفتاح حسن، مبادىء النظام الدستوري في الكويت ١٩٦٨، ص١٣٨، وما بعدها. والدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص٥٢، والدكتور يحيى الجمل، المرجع السابق، ص٥٤ .

(٥) وقد نصت المادة الأولى من النظام الأساسي للحكم في فترة الانتقال من فقرتها الثانية على أنه « يعرض الدستور الذي يوافق عليه المجلس على الأمير للتصديق عليه ».

ولما كان الدستور الكويتي قد صدر عن طريق العقد بين الأمير والشعب ممثلاً في المجلس التأسيسي[١] ، فقد تقرر عدم جواز تعديله إلا بموافقة الجهتين اللتين ساهمتا في وضعه وهما الأمير والشعب ممثلاً في المجلس التأسيسي[٢].

وإذا كان الفقه الدستوري في غالبيته قد درج على إطلاق وصف العقد Pacte على الطريقة التي تصدر بها الدساتير نتيجة اتفاق بين الحاكم والأمة على النحو السابق إبرازه ، إلا أن البعض منهم لا يفضل إطلاق وصف العقد أو التعاقد في هذا الخصوص ، إذ يفيد هذا الاصطلاح في نظرهم أن ثمة طرفين تتلاقى إرادتهما في حرية واختيار على إحداث أثر قانوني معين على نحو يجعل في إمكان كل منهما أن يناقش شروط الاتفاق وأن يحول دون إبرامه.

ويرى هذا الفقه أن « الدساتير المتقدمة ـ التي صدرت في شكل عقد ـ كانت من عمل الهيئات العاملة باسم الشعب ، بحيث يصح القول بأنها إنما فرضت على أولئك الذين لم يسمح لهم بتولي العرش إلا على أساس الخضوع لأحكامها »[٣]. ويضيف البعض الآخر أن الحاكم لا يسعه أمام ثورة الشعب إلا أن يقبل الدستور الذي يعده ممثلون عن الشعب ، فهو لا يتدخل في مناقشته ، ولا يكون

---

(١) وقد جاء في ديباجة الدستور الكويتي :
«نحن عبد الله السالم الصباح أمير دولة الكويت... ».
«وبعد الاطلاع على القانون رقم (١) لسنة ١٩٦٢ الخاص بالنظام الأساسي في فترة الانتقال. وبناء على ما قرره المجلس التأسيسي صدقنا على هذا الدستور وأصدرناه ».

(٢) ودلالة ذلك ما جاء في المذكرة التفسيرية للدستور (البند الثامن من القسم الأول) تعليقاً على المادة ١٧٤ الخاصة بتعديل الدستور على أنه «لا يكون تعديل ما للدستور إلا برضاء الجهتين اللتين تعاونتا من قبل في وضعه الأمير والأمة ».
راجع الدكتور عبد الفتاح حسن ، المرجع السابق ، ص١٣٩ .

(٣) الدكتور سعد عصفور ، القانون الدستوري ١٩٥٤ ، ص٢٠٨ ، ٢٠٩. القانون الدستوري والنظم السياسية ، للدكتور عبد الحميد متولي والدكتور سعد عصفور والدكتور محسن خليل ، القسم الأول ، ص٨٦ .

له سلطات في وضعه، وليس له من سبيل إلا قبوله وحلف اليمين على احترام نصوصه، أو التخلي عن العرش، وبذلك يكون اشتراك الملك في التعاقد صورياً، ولا يمكن أن يكون في هذه الحالة نداً للأمة ولا طرفاً متكافئاً معها في التعاقد. فالمسألة وإن اتخذت في الظاهر الشكل التعاقدي إلا أن الواقع يؤكد أن الدستور من وضع الأمة وليس للملك إلا أن يقبله[1].

حقيقة يلاحظ أن أغلب الدساتير ـ لا جميعها ـ التي صدرت تبعاً لطريق التعاقد كانت إثر ثورات شنتها الشعوب تجاه الحكام للمساهمة في شئون الحكم والاشتراك في أمور السلطة السياسية. وهذا ما حدث كما سبق ورأينا في انجلترا حين اضطر الملك ـ نتيجة ثورة الاشراف ـ إلى إمضاء العهد الكبير Magna Carta، وهو ما حدث أيضاً في فرنسا حينما قامت ثورة يوليو ١٨٣٠ ضد الملك شارل العاشر وصدر دستور ١٨٣٠ عن طريق إعداده من جانب البرلمان وقبوله من جانب لويس فيليب.

وإذا كان الملوك قد وافقوا مرغمين ـ على النحو السابق ـ على اشتراك الشعب في وضع الدساتير حفاظاً على سلطانهم وبقاء لحكمهم، إلا أن ذلك لا ينفي ـ فيما نعتقد ـ أن هذه الدساتير قد صدرت عن طريق العقد أو التعاقد، إذ ما دام أن العمل القانوني (الدستور) لا يخرج إلى عالم الوجود ولا يكتمل تكوينه إلا عن طريق إرادتين، فإن هذا العمل لا بد وأن يوصف بصفة العقد. ولا يجوز الاستناد في هذا الخصوص للقول بأن هذه الدساتير لم تصدر

---

(١) الدكتور محمد كامل ليلة، المرجع السابق، ص٦٧.
وراجع في ذات المعنى الدكتور عبد الفتاح حسن، إذ يقول في شأن وضع الدستور الكويتي:
« غير أنه لا يخفى أن المجلس التأسيسي هو الذي باشر عملية وضع الدستور نظراً لأن الأمير وافق على مشروع الدستور كما أعده المجلس دون تعديل، فكأن الدستور وضع من الناحية النظرية بطريقة العقد، أما من الناحية العملية فقد وضع بطريقة الجمعية التأسيسية ».
الدكتور عبد الفتاح حسن: مبادىء القانون الدستوري في الكويت، ١٩٦٨، ص١٣٩.

عن طريق العقد ، ان الحكام يقف دورهم عند حد قبول الدستور الذي أعدته الأمة عن طريق ممثليها دون مناقشة ، أو أن إرادة الأمة أقوى من إرادة الحاكم ، لا يجوز الاستناد إلى ذلك لأن هناك من العقود ـ الإدارية ـ ما يتم بين طرفين غير متكافئين أحدهما يفرض والآخر يقبل دون أن ينكر أحد عليها صفة التعاقد وتكييفها بتكييف آخر . ولا يجوز أيضاً الاستناد إلى عامل قيام الثورات واضطرار الحكام إزاءها على الموافقة على اشتراك الشعب في مباشرة مظاهر السيادة وإعداد الدساتير لنفي صفة التعاقد عن هذه الدساتير ، وإلا أدى ذات المنطق إلى خلع صفة المنحة عن الدساتير التي تصدر بإرادة الحكام في حالة اضطرارهم إثر الثورات الشعبية على إصدارها[1].

ثم ماذا يكون التكييف في نظرهم بالنسبة للدساتير التي صدرت عن طريق الإرادتين ـ الحاكم والأمة ـ دون أن يكون هناك ظروف من شأنها إجبار الحاكم على مشاركة الأمة في هذا الخصوص؟

لذلك فليس من المستغرب أن نرى المنتقدين لإطلاق صفة العقد على الدساتير الصادرة بهذه الطريقة يقولون بأنها « اتخذت في الظاهر الشكل التعاقدي »[2] ، أو أن « الدستور قد وضع من الناحية النظرية بطريقة العقد »[3] ، أو أن « اصطلاح التعاقد أبرز في تكييف الطبيعة القانونية لدستور قد وجد بالفعل منه في الدلالة على الأسلوب الذي يمكن أن يوجد الدستور عن طريقه »[4].

---

(١) ومع ذلك نلاحظ أن بعض هؤلاء الفقهاء يذهبون في تكييف دستور ١٩٢٣ ـ وهو قد صدر كما هو مسلم به نتيجة ضغط شعبي الى أنه دستور صدر عن طريق المنحة . راجع الدكتور محمد كامل ليله ، المرجع السابق ، ص٣١٠ ، أو لم يضعوا رأياً قاطعاً في تكييفه ، الدكتور سعد عصفور ، القانون الدستوري المصري ـ دستور ١٩٧١ ، ص٢١ .

(٢) الدكتور محمد كامل ليلة ، المرجع السابق ، ص٦٧ .

(٣) الدكتور عبد الفتاح حسن ، المرجع السابق ، ص١٤٠ .

(٤) الدكتور سعد عصفور ، القانون الدستوري ، ص٢٠٩ ، هامش ١ .

تقدير طريقة العقد

لا شك أن طريقة العقد بين الحاكم والأمة في وضع الدساتير تمثل تطوراً نحو الديمقراطية بالمقارنة بطريقة المنحة. ففي المنحة تتبدى إرادة الحاكم وحدها وباعتبارها صادرة عن الصاحب الفعلي للسيادة، فينزل الدستور في هذه الحالة من علٍ بتنازل الحاكم عن جزء من سيادته لشعبه، أما في التعاقد فنجد أن الحاكم قد اعترف بالشعب ولكن كشريك معه في السيادة. وإذا كان ذلك هو وجه تقدم طريقة العقد وتطورها عن طريقة المنحة، إلا أنه يلاحظ أن كلاهما يتنافى مع جوهر المبدأ الديمقراطي وحقيقته، ذلك المبدأ الذي يجعل السيادة للشعب،.والشعب وحده دون سواه.

وعلى ذلك يمكن القول بأن كلا الطريقين يحملان معنى الشرك بالشعب والإلحاد به، ومن هنا كان منطق الفقه الدستوري في إطلاق تسمية الأساليب غير الديمقراطية على طريقتي المنحة والعقد.

على أن بعض الفقه قد رأى أن طريقة العقد تعد حلقة ضرورية من حلقات التطور يتم بعدها الانتقال إلى الطرق الديمقراطية، إذ لم يكن مستطاعاً في ذلك الحين إبعاد الملوك نهائياً عن منبر السلطة وحرمانهم من وضع الدساتير أداة التنظيم الدستوري في الدولة، لما يتضمنه ذلك من خطر على حكمهم وإهدار لسلطانهم.

المبحث الثاني
الاسلوب الديمقراطي لنشأة الدساتير

اذا كان الاسلوب غير الديمقراطي في وضع الدساتير ـ سواء تبدى ذلك في شكل منحه من جانب الحاكم أو في شكل عقد بين الحاكم والأمة ـ يقر للحاكم وحده أو بالاشتراك مع الشعب بسلطة وضع الدستور ، فان الاسلوب الديمقراطي على عكس ذلك يقر للأمة ـ والأمة وحدها دون سواها ـ بسلطة وضع الدستور باعتبارها صاحبة السيادة ومصدر جميع السلطات .

والدساتير التي توضع تبعاً للأسلوب الديمقراطي إما أن تكون عن طريق جمعية تأسيسية ، وإما أن تكون عن طريق الإستفتاء الدستوري .

صدور الدستور عن طريق الجمعية التأسيسية Convention ou Assemblée constituante[1] .

في هذه الحالة يقوم الشعب بانتخاب هيئة نيابية يناط بها مهمة وضع الدستور ، وتسمى هذه الهيئة النيابية بالجمعية التأسيسية أو المجلس التأسيسي . وتبعاً لهذا الطريق يصدر الدستور ويصير نافذاً بمجرد إقراره من جانب الجمعية التأسيسية[2] ، دون أن يتوقف ذلك على موافقة أحد[3] . وتعد هذه الطريقة أكثر الطرق انتشاراً في الوقت الراهن لكونها أقرب إلى الديمقراطية الصحيحة ،

---

(١) Jacques Cadart, op. cit., p. 122.
Georges Vedel, op. cit., p. 65.
Georges Burdeau, op. cit., p. 210.
الدكتور مصطفى أبو زيد ، النظام البرلماني في لبنان ، ١٩٦٩ ، ص١٤٩ ، الدكتور إسماعيل مرزة المرجع السابق ، ص١٢٨ .

(٢) الدكتور يحيى الجمل ، المرجع السابق ، ص٥٥ .

(٣) أما إذا كان نفاذ الدستور متوقفاً على إقرار الحاكم بعد وضعه من قبل الجمعية كنا بصدد طريق آخر غير طريق الجمعية التأسيسية ألا وهو طريق العقد . أنظر الدكتور عبد الفتاح حسن ، المرجع السابق ، ص٦٠ .

فهي تقوم على إسناد السيادة للأمة ، والأمة وحدها ، باعتبارها مصدر السلطات[1] ، فتقوم الأمة بوضع دستورها بواسطة نوابها الذين يقررونه بصفة نهائية باسمها ولحسابها ، أي دون الرجوع إلى الشعب في هذا الخصوص[2].

ويتطلب الفقه حتى يكون الدستور صادراً عن جمعية تأسيسية أن يكون أعضاء هذه الجمعية منتخبين من جانب الأمة ، فلا يجوز بحال أن يكون تشكيل هذه الجمعية عن طريق التعيين من قبل أي سلطة في الدولة ، وإلا كان الدستور في هذه الحالة صادراً عن لجنة فنية كانت أو غير فنية ، لا عن جمعية تأسيسية[3]. ولا يجوز أيضاً أن تتولى السلطة التشريعية العادية - إذا كانت هذه السلطة قائمة - وضع الدستور حتى ولو كانت منتخبة بالكامل من جانب الأمة ، ذلك أن هذه السلطة هي سلطة منشأة لسن التشريع لا سلطة تأسيسية أصلية ، فهذه السلطة الأخيرة تنحصر في النظم الديمقراطية في الشعب الذي يملك أن ينيب عنه ممثلين تكون مهمتهم الأساسية هي وضع الدستور[4].

وإذا كانت الجمعية التأسيسية يتم انتخابها من جانب الشعب خصيصاً لوضع الدستور ، فإن عملها ينتهي بطبيعة الحال بالانتهاء من صياغة الدستور وإقراره.

وقد عرفت طريقة الجمعية التأسيسية في وضع الدساتير لأول مرة في الولايات المتحدة الأمريكية. إذ لجأت إليها بعض الولايات قبل اندماجها في الشكل الفيدرالي ، حيث قامت كل ولاية بانتخاب جمعية نيابية أطلق عليها «Convention» لوضع دستور لها ، وقد اتبعت أيضاً طريقة الجمعية التأسيسية

---

(١) الدكتور ثروت بدوي ، المرجع السابق ، ص٥٦ ، الدكتور عبد الفتاح حسن ، المرجع السابق ، ص٦٠.

(٢) أما إذا كان نفاذ الدستور متوقفاً على إقراره من جانب الشعب أي طرحه في استفتاء عام ، كنا بصدد طريق آخر غير طريق الجمعية التأسيسية ألا وهو طريق الاستفتاء الدستوري.

(٣) الدكتور يحيى الجمل ، المرجع السابق ، ص٥٦ .

(٤) في هذا المعنى أنظر الدكتور عبد الفتاح حسن ، المرجع السابق ، ص٦٠ .

في وضع الدستور الاتحادي الأمريكي الصادر عام ١٧٨٧[١] ، وقد أخذت بها فرنسا لأول مرة بشأن وضع دستورها الصادر عام ١٧٩١ ، وطبقتها بعد ذلك في وضع الدستور الصادر عام ١٨٤٨ والدستور الصادر عام ١٨٧٥ .

وسرعان ما لقي طريق الجمعية التأسيسية في وضع الدساتير انتشاراً واسع النطاق ، فطبق في وضع الدستور اليوغوسلافي الصادر في ١٥ يناير ١٩٥٦ ، والدستور الياباني الصادر في ٥ نوفمبر ١٩٤٧ ، والدستور الايطالي الصادر في ٢٧ ديسمبر ١٩٤٧ ، والدستور البلغاري الصادر في ٤ ديسمبر ١٩٤٧ ، والدستور التشيكوسلوفاكي الصادر في ٩ يونيه ١٩٤٨[٢] .

واذا كانت طريقة الجمعية التأسيسية في وضع الدساتير تتفق مع الديمقراطية ، فليس صحيحا ما ذهب اليه البعض من فقه القانون الدستوري من أن هذه الدساتير تكون أطول عمراً وأكثر ثباتاً واستقراراً من غيرها ، فهذا القول كثيراً ما دحضه الواقع وأثبت عكس ما جاء به .

والحقيقة ان ثبات الدساتير واستقرارها لا يتوقف كثيرا على طريقة نشأتها بقدر ما يتوقف على قوة الرأي العام في الدولة ودرجة حساسيته ومقدار ملاءمة الدستور لميول الشعب واخلاقياته وعاداته وتقاليده وظروفه[٣] .

---

(١) Julien Laferriere, op. cit., p. 278.
الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي: النظام الدستوري للجمهورية العربية المتحدة ١٩٦٦ ، ص٨٦ .

(٢) Georges Burdeau, op. cit., p. 82.
Jacques Cadart, op. cit., p. 122.
الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي: النظام الدستوري للجمهورية العربية المتحدة ، ١٩٦٦ ، ص٨٦ .

(٣) راجع ذلك الدكتور وحيد رأفت ، المرجع السابق ، ص١٨ ، الدكتور محمد كامل ليلة ، المرجع السابق ، ص٦٩ ، الدكتور شمس مرغني علي ، المرجع السابق ص٥٤ ، والدكتور مصطفى أبو زيد فهمي : النظام الدستوري في الجمهورية العربية المتحدة ١٩٦٦ ، ص٨٧ .

صدور الدستور بطريقة الاستفتاء الدستوري : Referendum constituant

إذا كان الشعب في الحالة السابقة يصدر الدستور بطريق غير مباشر عن طريق الجمعية التأسيسية ، وذلك عن طريق قيامه بانتخاب هيئة تتولى وضع الدستور نيابة عنه ، فإن الشعب قد يصدر الدستور بطريقة مباشرة عن طريق الاستفتاء الدستوري ، فيمارس سيادته بنفسه لا بواسطة نواب عنه[1] ، متبعاً في ذلك أكثر الطرق ديمقراطية في وضع الدساتير[2] .

وتبعاً لطريقة الاستفتاء الدستوري يتم وضع مشروع الدستور عن طريق جمعية نيابية أو لجنة فنية تقوم بمجرد تحضيره وإعداده ، ثم يعرض هذا المشروع على الشعب لاستفتائه فيه[3] .

ولا يأخذ الدستور قوته الملزمة بطبيعة الحال إلا بعد موافقة الشعب عليه وإقراره له في الاستفتاء[4] ، فإذا تم ذلك صار الدستور نافذاً دون حاجة إلى عرضه على الحاكم بعد ذلك للموافقة عليه[5] .

وإذا كان طريق الاستفتاء الدستوري يعني على النحو السابق أن يقوم بإعداد مشروع الدستور هيئة منتخبة أو لجنة حكومية ثم يتم عرضه على

---

(١) الدكتور عبد الفتاح حسن المرجع السابق، ص٦١ ، والدكتور يحيى الجمل، المرجع السابق، ص٥٦ .

(٢)
Michel Henry Fabre. op. cit., p. 154.
Julien Lafrriere, op. cit., p. 279.
Jacques Cadart, op. cit., p. 123.

الدكتور إسماعيل مرزة المرجع السابق، ص١٣٤ .

(٣) الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي: النظام الدستوري في الجمهورية العربية المتحدة ١٩٦٦ ، ص٨٧ ، الدكتور محسن خليل: النظم السياسية والدستور اللبناني ١٩٧٩ ص٥٢٧ .

(٤)
André Hauriou, op. cit., p. 335.
Georges Burdeau, op. cit., p. 82.

(٥) الدكتور عبد الفتاح حسن، المرجع السابق، ص٦١ ، وما بعدها، الدكتور محمد كامل ليلة المرجع السابق، ص٧٠ الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص٥٧ .

الشعب ليقول كلمته في الاستفتاء ، فإن بعضاً من الفقه الدستوري الفرنسي لا يرحب أن يكون إعداد وتحضير مشروع الدستور من عمل لجنة حكومية ، بل يفضل أن يكون إعداد هذا المشروع وتحضيره من عمل جمعية منتخبة[1] .

ويبدو أن هذا النظر من جانب الفقه الفرنسي قد ارتبط ببعض الحوادث الدستورية التي عهد فيها بتحضير مشروع الدستور إلى لجان فنية قننت رغبة الحكام آنذاك في التسلط ، وهذا ما حدث بالنسبة لنابليون بونابرت في شأن الدستور الفرنسي الصادر عام ١٧٩٩ ، أو بالنسبة للاستفتاء الذي أجراه عام ١٨٠٢ بشأن اختياره قنصلاً لمدى الحياة ، وذلك الذي أجراه أيضاً عام ١٨٠٤ لجعل الامبراطورية وراثية في سلالته . وكان لهذا النظر صداه لدى جانب من الفقه الدستوري المصري ؛ فذهب البعض في تفضيله للجمعية المنتخبة على اللجنة الفنية أو الحكومية في إعداد مشروع الدستور إلى القول بأن « أسمى الأساليب ديمقراطية في إنشاء الدساتير تتحقق بوضع مشروع الدستور من جمعية تأسيسية منتخبة بحيث يتعين إقراره بعد ذلك بالاستفتاء الشعبي الدستوري »[2] .

ولم يقف البعض الآخر من الفقه عند حد تفضيل أسلوب وضع مشروع الدستور بواسطة جمعية منتخبة على أسلوب وضعه بواسطة لجنة حكومية ، بل يذهب في هذا الخصوص إلى « أنه لا يجوز الخلط بين هذا الأسلوب ـ الاستفتاء التأسيسي Referendum Constituant ـ والذي يقوم بإعداد مشروع الدستور فيه جمعية منتخبة ـ ، وأسلوب آخر يقترب منه وقد يختلط به ، ويطلق عليه Plébiscite Constituant وفيه يقوم بإعداد مشروع الدستور لجنة حكومية ثم

(١) Julien Laferriere: Manuel de droit constitutionnel, 1947, p. 280.
Georges Burdeau, op. cit., p. 82.
وراجع الدكتور يحيى الجمل المرجع السابق، ص٥٧ .

(٢) الدكتور محسن خليل : النظم السياسية والدستور اللبناني ١٩٧٩ ، ص٥٢٨ وانظر أيضاً الدكتور يحيى الجمل المرجع السابق، ص٥٧ .

يعرض مشروع الدستور الحكومي على الشعب للموافقة عليه في استفتاء عام. ولا يصير هذا المشروع نافذاً إلا بعد هذه الموافقة، فالمشروع إذن يعرض في الحالتين في استفتاء عام. وهو ما قد يوحي بعدم جدوى الجمعية المنتخبة، ما دام الرأي النهائي سوف يكون على أية حال للشعب عند عرض مشروع الدستور في الاستفتاء العام».

ويستطرد هذا الفقه قائلاً بشأن التفرقة بين الأسلوبين السابقين:

«وقد يكون ذلك صحيحاً إذا تم الاستفتاء في ظروف عادية تسمح لأفراد الشعب بإبداء رأيهم في المشروع المعروض في حرية كاملة ودون الخضوع لمؤثرات معينة. ولكن كثيراً ما يستخدم هذا الأسلوب الأخير في ظروف استثنائية، عقب انقلاب أو ثورة مثلاً، أو عشية حرب، أو في فترة من فترات عدم الاستقرار التي تتلوها، فتعرض الحكومة على الشعب مشروعها ليوافق عليه كله أو ليرفضه كله، أي ليبدي رأيه فيه بلا أو نعم، مستغلة في الجماهير إما رهبتها من النظام القائم، وإما حماسها العاطفي له، أو تفضيله لدستور - أياً كانت أحكامه - على نظام لا دستور له. فتصير موافقة الشعب إجراء شكلياً يغطي به النظام القائم فرديته. وحتى يتحلى بكساء كاذب من الحكم الشعبي. فالدستور في مثل هذه الظروف ورغم عرضه على الشعب في استفتاء عام يكون في جوهره من صنع الحاكم وحده»[1].

بل أن البعض قد ذهب صراحة إلى أن الاستفتاء الدستوري يكون «قاصراً فقط على الحالة التي يتم فيها وضع مشروع الدستور بواسطة جمعية منتخبة ثم يتم عرض هذا المشروع على الشعب لاستفتائه فيه. ففي هذه الحالة وحدها نكون بصدد الأسلوب الديمقراطي في وضع الدساتير».

«أما حين يتم وضع مشروع الدستور عن طريق الحاكم أو لجنة معينة من

---

(١) الدكتور عبد الفتاح حسن: مبادىء النظام الدستوري في الكويت ١٩٦٨، ص٦٢ وما بعدها.

قبله فإننا نبادر إلى القول بأن هذه الوسيلة لا تعد في رأينا أحد تطبيقات الأسلوب الديمقراطي في وضع الدستور حتى لو عرض ذلك على الشعب في استفتاء عام »[١].

ونحن وإن كنا نفضل أسلوب الجمعية المنتخبة عن أسلوب اللجنة الحكومية في إعداد مشروع الدستور الذي يتم عرضه بعد ذلك على الشعب في الاستفتاء لتحقيقه المثالية في الديمقراطية ، إذ يمارس الشعب سيادته بطريقة غير مباشرة في المرة الأولى حين تقوم الجمعية المنتخبة بإعداد مشروع الدستور ، وبطريقة مباشرة حين يتم عرض هذا المشروع في الاستفتاء ، فتحقق الديمقراطية بشكلها المثالي ، إلا أننا ننضم إلى الرأي الراجح من الفقه[٢] والذي يرى أن الاستفتاء الدستوري ، كأسلوب من أساليب وضع الدساتير ، يتحقق سواء قامت جمعية منتخبة بوضع مشروع الدستور أو قامت به لجنة حكومية ، ما دام الأمر في النهاية مرجعه قيام الشعب ذاته وبنفسه بمباشرة مظاهر السيادة ، وذلك عندما يعرض عليه مشروع الدستور ـ الذي أعدته الجمعية المنتخبة أو اللجنة الحكومية ـ في استفتاء شعبي ليقول كلمته بالموافقة من عدمها[٣].

(١) الدكتور محمد حسنين عبد العال : القانون الدستوري ١٩٧٥ ، ص٦٣ ، وما بعدها .

(٢) الدكتور فؤاد العطار ، المرجع السابق ، ص٢١٩ ، الدكتور عبد الحميد متولي . القانون الدستوري والأنظمة السياسية ١٩٦٦ ص٧١ ، الدكتور محمد كامل ليلة المرجع السابق ، ص٧٠ ، الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي : النظام الدستوري للجمهورية العربية المتحدة ١٩٦٦ ، ص٨٧ ، ومؤلفه النظام البرلماني في لبنان ١٩٦٩ ص١٥٢ ، الدكتور ثروت بدوي ، المرجع السابق ، ص٥٨ ، الدكتور رمزي طه الشاعر ، المرجع السابق ، ص١١٢ ، الدكتور عبد القادر الجمال : النظام الدستورية العامة ١٩٥٣ ص١٩ ، الدكتور طعيمة الجرف ، المرجع السابق ، ص٩٤ ، والدكتور شمس مرغن علي : القانون الدستوري ١٩٧٨ ، ص٥٥ .

(٣) André Hauriou, op. cit., p. 334 et 335.

Georges Vedel, op. cit., p. 65.

Claude Leclercq op. cit., p. 83.

وانظر أيضاً الدكتور ثروت بدوي ، المرجع السابق ، ص٥٨ ، الدكتور رمزي طه الشاعر ، المرجع السابق ، ص١١٢ .

وتبعاً لذلك لا نؤيد ما ذهب إليه البعض من قصر صفة الديمقراطية على الاستفتاء على مشروع الدستور الذي تضعه جمعية منتخبة، وانتفاء هذه الصفة عن الاستفتاء على مشروع الدستور الذي تضعه لجنة حكومية.

أما عن قول هذا البعض «إن وسيلة اللجنة الفنية لا تعد من تطبيقات الأسلوب الديمقراطي في وضع الدستور حتى لو عرض ذلك الدستور على الشعب في استفتاء عام، إذ أن مثل هذا الاستفتاء لا يقصد به سوى إخفاء مظهر كاذب للديمقراطية على نظام حكم هو في حقيقته مطلق أو دكتاتوري»[١] أو «أن الدستور يكون في هذه الحالة من صنع الحاكم وحده»[٢]. فنرى أن هذا القول ينطوي على تجوز غير مقبول، ويتضمن في ذات الوقت خلط بين الاستفتاء في ذاته وبين المناخ الذي قد يجري فيه ذلك الاستفتاء.

فمن ناحية أولى نرى أن هذا القول ينطوي على تجوز غير مقبول، لأن الاستفتاء يعني في ذاته الرجوع إلى الشعب نفسه باعتباره مصدر السلطات ليقول كلمته حينما يعرض عليه مشروع الدستور بالموافقة أو عدم الموافقة، يستوي أن يكون هذا المشروع قد قامت بتحضيره جمعية منتخبة أو لجنة حكومية، فالشعب - والشعب وحده - هو الذي يملك القول الفصل في هذا الخصوص فيقر المشروع أو لا يقره، وإلا لما كان ثَمَّة داع إلى إجراء الاستفتاء. فالاستفتاء في حد ذاته، أي الرجوع إلى الشعب هو تطبيق حقيقي لفكرة الديمقراطية المباشرة التي تعني أول ما تعني أن يباشر الشعب سيادته باعتباره مصدر السلطات.

ومن ناحية ثانية نرى أن هذا القول ينطوي على خلط بين الاستفتاء في ذاته وبين المناخ الذي قد يسود النظام الذي يجري فيه، أو بمعنى آخر مدى ديمقراطية المناخ الذي يجري فيه الاستفتاء. فالاستفتاء كما سبق وذكرنا هو

(١) الدكتور محمد حسنين عبد العال، المرجع السابق، ص٦٤.
(٢) الدكتور عبد الفتاح حسن، المرجع السابق، ص٦٣.

أسلوب ديمقراطي في ذاته، بل هو قمة الديمقراطية، وهذا الأسلوب يتطلب حتى يأتي ثمرته أن يكون المناخ الذي يجري فيه صحيحاً يسمح لأفراد الشعب بالتعبير عن رأيهم فيما يعرض عليهم، أي مشروع الدستور، بحرية كاملة ودون الخضوع لمؤثرات معينة سواء من جانب الحكومة أو من حزب الأغلبية الذي تنتمي اليه. ويجب أن يعطى لأفراد الشعب المهلة الكافية لدراسة مشروع الدستور وتمحيص مختلف الآراء وتقليب وجهات النظر بشأنه.

اما اذا كان المناخ غير صحي، فلن يؤتى الاستفتاء ثمرته، ويكون الاستفتاء حينئذ مظهرا كاذبا يغطي به الحاكم فرديته اودكتاتوريته، حتى لو كان مشروع الدستور قد قامت باعداده جمعية منتخبة.

ويبدو لنا ان القائلين بانتفاء الصفة الديمقراطية عن الاستفتاء على مشروع الدستور الذي تقوم باعداده لجنة حكومية كان مبعثه المناخ غير الديمقراطي الذي اجرى فيه الاستفتاء على مشروعات الدساتير التي قامت باعدادها اللجان الحكومية، والتي أشاروا اليها للتدليل على وجهة نظرهم، مثل الدستور الفرنسي الصادر عام ١٧٩٩ الذي اعده نابليون بونابرت على رأس مدبري الانقلاب، والدستور الصادر عام ١٨٥٢ في عهد لويس نابليون.

ونرى في النهاية ان المسألة مسألة تفضيل بشأن اعداد مشروع الدستور: هل يكون ذلك عن طريق جمعية منتخبة أو عن طريق لجنة حكومية، ولا جدال أن طريق الجمعية المنتخبة أفضل في هذا الخصوص من طريق اللجنة الحكومية أو قيام الحاكم ذاته بإعداد مشروع الدستور.

أما الاستفتاء - في ذاته - على مشروع الدستور سواء قامت بإعداده جمعية منتخبة أو لجنة حكومية فهو بلا جدال اسلوب من الاساليب الديمقراطية في وضع الدساتير.

وإذا كان التاريخ الدستوري الفرنسي قد شهد وضع الكثير من الدساتير، قامت بإعداد مشاريعها جمعيات تم انتخابها من جانب الشعب لهذا الغرض وتم

عرضها على الشعب بعد ذلك في استفتاء دستوري مثل دستور ١٧٩٣ ودستور السنة الثالثة Lan III ودستور ١٩٤٦ ، فإن الدستور الحالي للجمهورية الفرنسية والصادر عام ١٩٥٨ بطريقة الاستفتاء قد أعدت مشروعه لجنة حكومية على ضوء المبادىء الخمسة التي حددها القانون الدستوري الذي صدر في أول يونيه ١٩٥٨[١] ، ومع ذلك لم يقل أحد من الفقه الفرنسي أن هذا الدستور قد تم وضعه بطريق غير ديمقراطي.

اختلاف طريق الاستفتاء الدستوري عن طريق الجمعية التأسيسية

ذهب بعض الفقه الى ان وسيلة الاستفتاء الدستوري لا تعتبر وسيلة متميزة عن وسيلة الجمعية التأسيسية في اصدار الدساتير، اذ ان الاستفتاء الدستوري لا يعدو في تصورهم ان يكون مجرد تطوير في اسلوب الجمعية التأسيسية وتنويعاً فيها[٢].

غير أن الرأي السابق لم يلق هوى لدى الغالبية العظمى من الفقه الذي يرى في وسيلة الاستفتاء الدستوري وسيلة متمايزة ومستقلة عن وسيلة الجمعية التأسيسية[٣].

ونحن من جانبنا نشاطر الرأي الغالب والمستقر في الفقه لرجحان ما قدمه من أدلة في هذا الخصوص. ويمكننا إجمالها فيما يلي:

(١ -) إنه ليس بلازم في طريقة الاستفتاء الدستوري أو الشعبي أن يكون

(١) André Hauriou, op. cit, P. 334, et 335.
Georges Vedel, op. cit, P. 66

(٢) الدكتور السيد صبري المرجع السابق، ص٢٢.

(٣) راجع في ذلك الدكتور ثروت بدوي المرجع السابق، ص٥٧ ، الدكتور طعيمة الجرف المرجع السابق، ص٩٤ ، الدكتور رمزي طه الشاعر، المرجع السابق، ص١١ ، الدكتور عبد الحميد متولي: الوسيط في القانون الدستوري ١٩٥٦ ، ص٧٤ والدكتور شمس مرغنى علي، المرجع السابق ١٩٧٨ ص٥٥

مشروع الدستور من إعداد جمعية تأسيسية منتخبة، إذ كثيراً ما يناط أمر إعداده إلى لجنة حكومية (أو هيئة غير منتخبة من الشعب)، بل يمكن أن يكون مشروع الدستور من إعداد حاكم فرد[1]. ومن أمثلة الدساتير التي أعدت مشروعاتها عن طريق لجان فنية الدستور الفرنسي الحالي والصادر في ٤ أكتوبر عام ١٩٥٨، والدستور المصري الصادر في ١٦ يناير عام ١٩٥٦، فكلاهما قد صدر بطريق الاستفتاء الدستوري وكان مشروعيهما من إعداد لجان حكومية.

(٢ -) انه حتى في حالة إعداد ووضع مشروع الدستور عن طريق جمعية منتخبة خصيصاً لهذا الغرض فانه يلزم عرض هذا المشروع على الشعب للإستفتاء والموافقة عليه حتى يكتب له النفاذ، والا اعتبر المشروع كأن لم يكن. وعلى هذا النحو ترتد القوة القانونية للدستور الى موافقة الشعب ذاته لا الى الجمعية المنتخبة التي قامت باعداده وصياغته. ودليل ذلك ما حدث في فرنسا عند اعداد دستور ١٩٤٦ إذ رفض الشعب في ٥ مايو ١٩٤٦ الموافقة على مشروع الدستور الذي أعدته الجمعية التي تم انتخابها لهذا الغرض، وكان من نتيجة ذلك أن أعد مشروع جديد بواسطة جمعية أخرى وعرض على الشعب فوافق عليه في أكتوبر ١٩٤٦[2].

(٣ -) إن نظام الجمعية التأسيسية - كطريقة من طرق وضع الدساتير - يعد من تطبيقات النظام النيابي حيث يمارس الشعب سيادته عن طريق ممثليه أو نوابه أي بطريق غير مباشر. أما نظام الاستفتاء الدستوري فهو يعد تطبيقاً من تطبيقات الديمقراطية المباشرة لأن الشعب صاحب السيادة هو الذي يختار دستوره بنفسه[3].

(١) الدكتور ثروت بدوي المرجع السابق، ص٥٨، والدكتور طعيمة الجرف المرجع السابق ص٩٤.

(٢) الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص٥٩، والدكتور رمزي طه الشاعر، المرجع السابق، ص١٤٢.

(٣) الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص٥٨

تفضيل الأخذ بطريقة الاستفتاء الدستوري.

لا ريب في أن طريقة الاستفتاء الدستوري في وضع الدساتير تعد ـ بحق ـ اسمى الطرق وارقاها ديمقراطية في هذا الخصوص، فهي تعد تطبيقاً لفكرة الديمقراطية المباشرة حيث يمارس الشعب سيادته بنفسه دون وسيط[1] غير أنه على الرغم من وضوح هذه الحقيقة وجلائها، فإن بعض الفقه الدستوري قد هاجم طريقة الاستفتاء الدستوري مفضلين عليها طريقة الجمعية التأسيسية في وضع الدستور. ونرى قبل التعرض لأوجه النقد التي تذرع بها هذا الفقه أن نلوح بملاحظة تكاد أن تكون نقطة الانطلاق في هذا الخلاف.

فالذين يفضلون طريقة الجمعية التأسيسية هم أولئك الذين يفضلون النظام النيابي كشكل لمزاولة الديمقراطية: فكما ان صاحب السيادة يزاول سيادته في الأمور التشريعية عن طريق نوابه، يقرونها بصفة نهائية ودون الرجوع في هذا الخصوص الى الشعب، فإنه يجب ان يزاول سيادته في الشئون الدستورية بنفس الطريق، فينتخب جمعية تأسيسية تضع الدستور بصفة نهائية دون أن تعرضه عليه[2].

أما أولئك الذين يفضلون طريق الاستفتاء الدستوري فهم الذين يفضلون النظام الديمقراطي المباشر كطريق لمزاولة الديمقراطية. ذلك النظام الذي يقر للشعب بحقه في مزاولة السيادة بنفسه ومباشرة، فيختار دستوره عن طريق

---

(١) الدكتور مصطفى ابو زيد فهمي: النظام الدستوري في الجمهورية العربية المتحدة ١٩٦٦ ص٨٨، الدكتور محسن خليل، المرجع السابق، ص٢٥٧، والدكتور محمد كامل ليله المرجع السابق، ص٧٠.

(٢) الدكتور مصطفى ابو زيد فهمي: النظام الدستوري في الجمهورية العربية المتحدة ١٩٦٦ ص٨٦.

الاستفتاء[1]؛ أو هم أولئك الذين يفضلون النظام الديمقراطي شبه المباشر كشكل من أشكال مزاولة الديمقراطية، ذلك النظام الذي لا يجعل النواب يستقلون دائماً وأبداً في ممارسة ما يعهد اليهم من أمور السيادة ومظاهرها، وإنما يقرون في بعض الأحيان بعض هذه الأمور والمظاهر بصفة نهائية بعيداً عن الشعب ودون الرجوع إليه، وفي البعض الآخر من هذه الأمور - وهي الأمور الهامة - يرجعون إلى الشعب في استفتاء يسألونه الرأي[2].

بعد هذه الملاحظة الأولية نعرض فيما يلي لأهم ما تذرع به خصوم نظام الاستفتاء الدستوري من اعتراضات[3].

أولاً: قيل إنه إذا كان من المسلمات أن الاستفتاء الدستوري يضعف من سيطرة الأحزاب السياسية على هيئة الناخبين[4]، فإن هذه الميزة تنطوي في ذات الوقت على هدم لأهم خصائص الديمقراطية التقليدية التي تقوم على حرية الرأي والاعتراف بحق المعارضة، وهما دعائم وجود الصراع الحزبي بين المناهج والاتجاهات المتباينة، وأنه بدون هذا الصراع يستحيل تحديد الأغلبية التي يجب النزول على رأيها في الشؤون العامة وهو ما يعيب نظام الاستفتاء.

غير أن هذا القول لم يسلم به دعاة نظام الاستفتاء الدستوري، ورأوا أن

---

(١) اذ يرى الدكتور ثروت بدوي ان الاستفتاء الدستوري يعد تطبيقاً لفكرة الديمقراطية المباشرة انظر مؤلفه السالف الذكر ص٥٩، ٦٠.

(٢) على هذا النحو يرى الدكتور مصطفى ابو زيد فهمي ان طريقة الاستفتاء الدستوري تعد تطبيقاً من تطبيقات الديمقراطية شبه المباشرة.
انظر مؤلفة النظام الدستوري في الجمهورية العربية المتحدة ١٩٦٦، ص٨٨، ص٨٩.

(٣) راجع في هذا الخصوص الدكتور طعيمة الجرف، المرجع السابق، ص٩٧، وما بعدها، الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص٦٠ وما بعدها، الدكتور رمزي الشاعر المرجع السابق ص١١٣ وما بعدها.

(٤) الدكتور السيد صبري المرجع السابق ص١١٦.

هذا النظام لا يتعارض مع حرية الرأي ووجود الأحزاب السياسية ، وهو لا ينكر أيضاً حق المعارضة أو التصارع بين الآراء والاتجاهات المختلفة ، فالاستفتاء الدستوري وإن كان من شأنه إضعاف سيطرة الأحزاب على الناخبين ، إلا أنه لا ينكر في ذات الوقت حرية الرأي ، وهو لا يمنع أيضاً من قيام الأحزاب السياسية ونشوئها[1]. فكل ما يفضي إليه نظام الاستفتاء الدستوري أن يجعل الشعب يختار دستوره بنفسه بعد أن يرى ـ عن قرب ـ نصوصه وأحكامه على وجه التحديد. وفي ذلك ما يخفف من أثر الأحزاب السياسية في توجيه الناخبين والتأثير عليهم ، كما يعمل نظام الاستفتاء على تهذيب هذه الأحزاب ويحول دون تسلقها بالدعايات المضللة أو المغرضة[2].

ونرى أن هذا النظام يحول ـ بحق ـ دون سيطرة الأحزاب واستبدادها ، ويجعل الناخب يعمل وفقاً لضميره وتفكيره وليس تبعاً لأهواء ورغبات الحزب الذي يتبعه[3].

ثانياً: قيل ايضاً ان الاستفتاء الدستوري يجري غالباً دون ان تسبقه مناقشات كافية تتيح للشعب ـ وخاصة طبقاته المثقفة ـ الوقوف على حقيقة الدستور المستفتى عليه ووجهات النظر المتباينة حول ما تضمنه من مبادىء واحكام حتى يستطيع الشعب القيام بعملية الترجيح بين هذا الاتجاه او ذاك[4]

---

(١) انظر في هذا المعنى الدكتور طعيمة الجرف ، المرجع السابق ، ص٩٧ ، والدكتور ثروت بدوي ، المرجع السابق ص٦٠ وقد اشار الدكتور ثروت في هذا الخصوص الى ان فرنسا وغيرها من الدول قد اخذت باسلوب الاستفتاء الشعبي في وضع دساتيرها مع وجود نظام الاحزاب السياسية،وقيام هذه الاحزاب بدور كبير في توجيه اصوات الناخبين في الاستفتاء راجع مؤلفه سالف الذكر ص٦١ .

(٢) في هذا المعنى انظر الدكتور ثروت بدوي ، المرجع السابق ص٦١ والدكتور رمزي طه الشاعر المرجع السابق ص١١٤ .

(٣) راجع مؤلفنا دراسات في النظم السياسية ـ مجموعة المحاضرات التي ألقيت على طلبة السنة الأولى بكلية الحقوق ـ جامعة بيروت العربية عام ١٩٨٠ ص٢١٢ .

(٤) راجع الدكتور طعيمة الجرف المرجع السابق ص٩٧ .

غير ان هذا القول لم يسلم به أيضاً دعاةِ نظام الاستفتاء الدستوري ،ورأوا ان ما تضمنه من نقد لا يعيب الاستفتاء في ذاته ،وإنما يوجه الى القائمين بعمل الاستفتاء ، فمن الضروري منح مهلة كافية للشعب لدراسة مشروع الدستور وتقليب وجهات النظر وتمحيص الآراء بشأنه بروية وإمعان ،وليس في نظام الاستفتاء ذاته ما يمنع أو يحول دون ذلك[1].

ثالثاً: قيل ايضاً انه في نظام الاستفتاء الدستوري يناط امر اصدار الوثيقة الدستورية بجمهور الشعب ، الأمر الذي يترتب عليه ترك مهمة تقدير المسائل القانونية والحكم عليها لجمهور هيئة الناخبين التي لا تملك في الغالب القدرات والوعي اللازمين لتفهم المشاكل الدستورية ومناقشتها[2].

ولا ريب أن هذا القول يتضمن نقداً رئيسياً لنظام الاستفتاء ، لذلك رأى انصار نظام الاستفتاء والمدافعون عنه ان هذا النقد يمكن تفاديه لا عن طريق عدم الاخذ بنظام الاستفتاء وانما في جعل مهمة وضع مشروع الدستور من اختصاص هيئة فنية لديها القدرة على صياغة الدستور[3] وعلى وعي بما يدور

---

(١) الدكتور ثروت بدوي ، المرجع السابق ، ص٦٣ ، ويشير في هذا الخصوص الى ان الدستور المصري الذي تم بطريق الاستفتاء في ٢٣ يونيه عام ١٩٥٦ قد اعلن للشعب قبل اجراء الاستفتاء عليه بحوالي ما يزيد على خمسة اشهر ، فهو قد اعلن في ١٦ يناير عام ١٩٥٦ حتى يستطيع الشعب امعان النظر وتقليب مختلف الآراء حول هذا الدستور .

وراجع في هذا الخصوص أيضاً الدكتور يحيى الجمل ، المرجع السابق ، ص٥٨ .

(٢) انظر الدكتور طعيمة الجرف المرجع السابق ص٩٧ الدكتور رمزي طه الشاعر ،المرجع السابق ص١١٤ .

(٣) الدكتور ثروت بدوي المرجع السابق ص٦٣ ، الدكتور رمزي طه الشاعر المرجع السابق ، ص١١٥ ويفضل الدكتور رمزي ان تجمع هذه اللجنة بين الفنيين المنتخبين بواسطة الشعب ،فاذا لم يتوافر وجود فنيين باللجنة التي تنتخبها الجماهير الشعبية فيرى انه يجب ان يضم اليها اشخاص فنيون قادرون على تفهم المشاكل الدستورية المتعددة ، مؤلفه السابق ، ص١١٥ .

ويرى الدكتور يحيى الجمل انه يجب - للافاة ما وجه لنظام الاستفتاء الدستوري من نقد - ان تضع مشروع الدستور جمعية مختارة من قبل الشعب على اي نحو ، ولها بطبيعة الحال ان تستعين بما تشاء من الفنيين ،راجع مؤلفه السابق ، ص٥٧ .

حول وضع الدستور من مشاكل دستورية[1].

تلك هي أهم الانتقادات التي ساقها خصوم نظام الاستفتاء الدستوري. وقد رأينا ان الفقه الدستوري المناصر لهذا النظام قد عمل على تقويضها ودحضها. وفي الحقيقة نرى ان نظام الاستفتاء الدستوري يعد اكثر الوسائل ديمقراطية في وضع الدساتير وارقاها. فهو اكثرها تعبيراً عن الرأي الحقيقي للأمة أو للشعب، ومن ثم فهو يفضل نظام الجمعية التأسيسية المنتخبة، نظراً لأن النواب في هذا النظام الأخير يحلون إرادتهم محل إرادة الأمة أو إرادة الشعب. وقد لا يحسنون التعبير عن هذه الإرادة في كثير من الحالات، ومن ثم يكون من الأحرى ـ وبصفة خاصة في المسائل الدستورية ـ أن يعطى لأفراد الأمة أو لأفراد الشعب حق التعبير عن رأيهم مباشرة وهو ما يتحقق عن طريق الاستفتاء الدستوري[2].

هذا ويلاحظ ان نظام الاستفتاء الدستوري من شأنه ان يعلي بمكانة المواطنين، ويشعرهم باهمية الدور الذي يقومون به في تحديد نظامهم الدستوري. لذلك نجد الاتجاه الدستوري في وقتنا الراهن يرجح الأخذ بنظام الاستفتاء الدستوري في وضع الدستور ويفضله على نظام الجمعية التأسيسية، ويلقي نظام الاستفتاء الدستوري اليوم انتشاراً واسع النطاق في كثير من دول العالم المتمدنية.

---

(١) وفي هذا الشأن يقول الدكتور فؤاد العطار: «اننانرى أنه لا يجوز الأخذ بهذا الاتجاه ـ اي وضع مشروع الدستور بواسطة جمعية تأسيسية منتخبة ـ إلا إذا كان الشعب قد بلغ من النضج مدى يسمح له بتفهم شؤونه العامة، وبالتالي يستطيع اختيار الممثلين الذين يعبرون عن وجهة نظره، وفي رأينا انه في البلاد التي لا زالت مفتقرة الى الكفايات الفنية من حيث مدى النضج، يتعين ترك امر وضع مشروع الدستور الى لجنة فنية ثم يستفتى الشعب في المشروع لأخذ موافقته عليه».

الدكتور فؤاد العطار المرجع السابق ص٢١٩.

(٢) في هذا المعنى انظر الدكتور مصطفى ابو زيد فهمي: النظام الدستوري في جمهورية مصر العربية ١٩٦٦ ص٨٨.

المعاهدات الدولية ومدى اعتبارها اسلوباً من اساليب وضع الدساتير

يضيف بعض الفقه الدستوري المصري الي الأسلوب غير الديمقراطي (المنحة - العقد) والأسلوب الديمقراطي (الجمعية التأسيسية- الاستفتاء الدستوري) في وضع الدساتير أسلوباً آخر. وهذا الأسلوب في نظرهم هو المعاهدات الدولية. ورأى هذا الفقه، متأثراً في ذلك بما قاله الأستاذ ماركين جيرفيتش. إن بعض الدساتير ترجع نشأتها إلى معاهدات دولية مثل دستور عام ١٨١٥ لمملكة بولندا، ودستور عام ١٨٠٧ لدوقية فارسوفيا، ودستور الأمبراطورية الألمانية عام ١٨٧١، وأنه قد فات على أساتذة الفقه الدستوري في فرنسا ومصر أن يذكروا هذه الطريقة بين طرق نشأة الدساتير كما بينها وكشف عنها التاريخ[1].

غير أن هذا النظر لم يلقَ تأييداً لدى غالبية الفقه المصري[2] إذ لا يصح اعتبار المعاهدات طريقة مستقلة من طرق وضع الدساتير. لأن المعاهدات تنظم العلاقات التي تنشأ بين دولة وأخرى بينما ينظم الدستور العلاقة بين الدولة والأفراد الخاضعين لسلطانها، ومن ثم فإن الدستور يجب أن يكون صادراً عن سلطة تأسيسية داخل الدولة.

فاذا ما وضع الدستور عن طريق معاهدة دولية فإنه يجب ان ترتد الى السلطة التي تملك داخل الدولة اقرار تلك المعاهدةونفاذها ،وان يعتبر الدستور صادراً منها ومن ثم يمكن الحديث عن اسلوب نشأته.

وعلى هذا النحو لا بد أن يرتدي الدستور أحد الأشكال التي تظهر فيها الدساتير وهي المنحة او العقد أو الجمعية التأسيسية او الاستفتاء الدستوري

(١) الدكتور عبد الحميد متولي: القانون الدستوري والانظمة السياسية ١٩٦٦ ص٧١. وانظر أيضاً مؤلفه المفصل في القانون الدستوري ١٩٥٢ ص٨٨/٨٩ (هامش).

(٢) انظر في ذلك الدكتور سعد عصفور: القانون الدستور ١٩٥٤، ص٢١٤ هامش ١، الدكتور رمزي طه الشاعر، المرجع السابق ص١١٦ هامش ٢ والدكتور مصطفى ابو زيد فهمي، المرجع السابق ص٥٨، والدكتور اسماعيل مرزه المرجع السابق، ص١٣٧.

فالمعاهدة الدولية اذن ليست اسلوباً مستقلا بجانب الاساليب المتعارف عليها بشأن نشأة الدساتير.

الأساليب السابقة في نشأة الدساتير ليست باساليب جامعة أو مانعة:

رأينا ان أساليب نشأة الدساتير قد تنوعت الى أسلوبين:

اولهما: الاسلوب غير الديمقراطي بطريقتي المنحة والعقد، والآخر هو الاسلوب الديمقراطي بطريقتي الجمعية التأسيسية والاستفتاء الدستوري.وهذه الطرق الأربعة لوضع الدساتير أو نشأتها ليست طرقاً جامعة أومانعة ،بمعنى ان هذه الطرق قد تتنوع فيلحق بها طرق أخرى لا يمكن ادراجها ضمن الطرق الأربعة التقليدية[1].

ومثال ذلك الدستور المؤقت الذي اصدرته ثورة يوليو عام ١٩٥٣ والذي قصدت به تنظيم فترة الانتقال.فهذا الدستور لا يمكن اعتباره منحة أوعقداً، وهو لا يمكن اعتباره ايضاً صادراً عن جمعية تأسيسية او نتيجة استفتاء شعبي فهو في حقيقته عمل من أعمال الثورة[2].

ومثال ذلك ايضا الدستور المؤقت الصادر في ٢٣ مارس عام ١٩٦٤ والذي صدر ليضع اسس النظام الاجتماعي والسياسي في الجمهورية العربية المتحدة وحتى يتم وضع الدستور الدائم ويجري الاستفتاء عليه.

فهذا الدستور لم يصدر لا في شكل منحة ولا في شكل عقد فهو قد صدر كما جاء في مقدمته «استناداً الى الارادة الشعبية التي صنعت يوم ٢٣ يوليو المجيد وحققت به بدء الثورة الشاملة» وهذا الدستور لم يصدر ايضاً عن جمعية

---

(١) الدكتور رمزي طه الشاعر المرجع السابق، ص١١٧

(٢) الدكتور مصطفى ابو زيد فهمي النظام الدستوري للجمهورية العربية المتحدة ١٩٦٦ ص٩١.

تأسيسية او عن استفتاء شعبي فهو بغير شك عمل من اعمال الثورة اصدره قائدها باسم الشعب[1].

(١) الدكتور مصطفى ابو زيد فهمي ،مؤلفه سالف الذكر ص٩٢ ، ويقول في هذا الخصوص « الحقيقة ان فترة الثورة هي اقل الفترات قبولاً للأوضاع الدستورية التقليدية ، .... فكثيراً ما نرى في فترات الثورات ـ مجالس نيابية عادية تمنح نفسها السلطة التأسيسية وتحول نفسها الى جمعية تأسيسية . ولعل اشهر مثال في اوروبا نجده في المجلس النيابي الفرنسي الذي انعقد سنة ١٧٨٩ فحول نفسه على الفور الى جمعية تأسيسية..... » .

الفصل الثالث

أنواع الدساتير

تنقسم الدساتير من حيث تدوينها أو عدم تدوينها الى دساتير مدونة أو مكتوبة Ecrites ودساتير عرفية Coutumieres ، وكذلك تنقسم الدساتير من حيث اجراءات تعديلها الى دساتير مرنة Souples ودساتير جامدة Rigides ولدراسة هذين النوعين من الدساتير سوف نقسم هذا الفصل الى مبحثين متتاليين على النحو التالي :

المبحث الأول : في الدساتير المدونة أو المكتوبة والدساتير العرفية.
المبحث الثاني : في الدساتير المرنة والدساتير الجامدة

المبحث الأول

الدساتير المدونة او المكتوبة والدساتير العرفية

الدساتير المدونة او المكتوبة

Les Constitutions écrites

يقصد بالدستور المدون أو المكتوب ذلك الذي تصدر أحكامه في صورة نصوص تشريعية سواء تم جمعها في قانون واحد أو في قوانين متفرقة[١]. وعلى هذا النحو يعتبر دستوراً مدوناً كل دستور تسجل أحكامه في وثيقة او وثائق مكتوبة وتكون صادرة عن المشرع الدستوري.

الدساتير العرفية

Les Constitutions Coutumières

ويقصد بالدستور العرفي الدستور الذي ترجع أحكامه الى العرف فلا يتدخل في وضعها المشرع ولا يصدر بها وثيقة رسمية، فهذا الدستور يستمد احكامه من العرف الذي استقر في العمل فاكتسب مع الزمن قوة القانون[٢]

---

(١) Georges. Burdeau, op. cit, p.55.

Julien Laferriere op. cit, P. 269.

Benoit Jeanneau, op. cit, P. 45.

الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق ص٢٢، الدكتور عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والانظمة السياسية ١٩٦٦، ص٨٥، ومؤلفه المفصل في القانون الدستوري ١٩٥٢ ص١٣٣، الدكتور محسن خليل، المرجع السابق، ص٥٦٤، الدكتور فؤاد العطار، المرجع السابق، ص٢٢١، الدكتور محمد كامل ليله، المرجع السابق، ص٧٧، والدكتور سعد عصفور، المرجع السابق، ص١٨٧.

(٢) الدكتور عثمان خليل، المرجع السابق، ص٢٢، الدكتور عبد الحميد متولي، المرجع السابق، ص٨٥، الدكتور محسن خليل، المرجع السابق، ص٥٦٤، الدكتور فؤاد العطار، المرجع السابق، ص٢٢٠، والدكتور محمد كامل ليله المرجع السابق، ص٧٧

وانظر أيضاً Julien Laferriere op. cit. P. 269.

ومن اوضح أمثلة الدساتير العرفية الدستور الانجليزي[1] ، حيث يعتبر المثل التقليدي للدساتير غير المدونة ، فانجلترا لا تملك وثيقة مكتوبة تسمى بالدستور الانجليزي تضم جميع القواعد الدستورية او حتى اغلبيتها[2].

ظهور حركة تدوين الدساتير وانتشارها :

واقدم الدساتير المكتوبة هي دساتير الولايات الاميركية الصادرة عام ١٧٧٦، ثم دستور الولايات المتحدة الاميركية الذي وضع في مؤتمر فيلادفيا عام ١٧٨٧ وهو الدستور الذي اقام نظام الاتحاد المركزي او الفيدرالي. ثم اخذت فرنسا بنظام الدساتير المكتوبة ، فكان دستور عام ١٧٩١ أول دستور فرنسي مدون[3]، ثم سرعان ما انتشرت موجة الدساتير المكتوبة او المدونة في اوروبا كبلجيكا وايطاليا وغيرها من دول العالم حتى بات هذا النوع من الدساتير يمثل القاعدة العامة في الدساتير العالمية[4]. وأصبحت هذه الدساتير تمثل جزءاً من كيان الدول .

ويرجع السبب في انتشار موجة تدوين الدساتير - بعد أن كانت القواعد

(١) الدكتور ثروت بدوي ، المرجع السابق ، ص٢٢

Pierre Pactet, op. cit, P. 29.

Julien Laferriere op. cit, P. 270

Michel Henry Fabre, op. cit, P. 154.

(٢) وكان الدستور الاسرائيلي حتى عام ١٩٦٨ دستوراً عرفياً ، ثم أخذت اسرائيل بنظام الدستور المدون أو المكتوب عام ١٩٦٨ انظر .

Michel Henry Fabre, op. cit, P. 156 No.I

Georges Burdeau, op. cit, P. 56

Bernard Chantebout, op. cit, P. 27.

(٣) وانظر ايضاً الدكتور عبد الفتاح حسن ، المرجع السابق ، ص٣٠ ، الدكتور وحيد رأفت ووايت ابراهيم المرجع السابق ص٤ .

(٤) الدكتور رمزي طه الشاعر ، المرجع السابق ، ص٩٣ ، الدكتور طعيمة الجرف المرجع السابق ، ص٧٩ .

العرفية تمثل المصدر الأول للقانون الدستوري - إلى الحركات السياسية والفكرية التي شهدها القرن الثامن عشر، وإلى ما نادى به المفكرون والفلاسفة في ذلك الوقت من ضرورة تدوين القواعد الأساسية لأنظمة الحكم[1].

فمن ناحية اولى ساد الاعتقاد بأن القواعد المكتوبة او المدونة تسمو على القواعد العرفية لما تمتع به القواعد الأولى من ميزة الوضوح والتجديد والثبات[2].

ومن ناحية ثانية ساد الاعتقاد ايضاً بأن تدوين الدستور يعد بمثابة تجديد للعقد الاجتماعي Pact Social الذي قامت الجماعة السياسية مرتكزةعليه ،ومن ثم يكون الدستور في نظرهم بمثابة العقد الذي يبين حقوق المواطنين وواجباتهم قبل الأمة فيشعر الفرد بمكانته في الجماعة(٣).

ومن ناحية ثالثة رأى مفكرو وفلاسفة القرن الثامن عشر في تدوين الدساتير وسيلة فعالة في تثقيف الشعوب من الناحية المعنوية والسياسية un moyen d'education morale et politique(٤)

ومن ناحية رابعة أعتقد مفكرو وفلاسفة هذا القرن أن إصدار الدستور في شكل وثيقة مكتوبة يضفي عليه القدسية والاحترام فضلاً عن أنه يبين بجلاء مدى سلطات الحكام وواجباتهم ومدى الحدود التي يلتزمون بها، الأمر الذي يسهل على المواطنين معرفة حقوقهم إزاء الحكام، حتى ذاع القول لدى

---

(١) Georges Burdeau, op. cit, P. 56 et suiv.

وراجع في ذلك أيضاً الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق ص٣٥، الدكتور طعيمة الجرف، المرجع اسابق، ص٧٧. الدكتور محمد حسنين عبد العال، المرجع السابق، ص٣٣، والدكتور سعد عصفور: القانون الدستوري ١٩٥٤، ص١٨٩.

(٢) Georges Burdeau, op. cit, P. 57.

والدكتور ثروت بدوي المرجع السابق، ص٣٦.

(٣) Georges Burdeau, op. cit, P. 57.

وانظر في مدى اعتبار الدساتير المدونة تجديداً لفكرة العقد الأجتماعي Contrat Social André Hauriou, op. cit, P. 318 No.I.

(٤) Georges Burdeau, op. cit., P.57.

المفكرين وقتذاك (أن الدستور لا يوجد إلا إذا أمكن للفرد أن يضعه في جيبه) «Une constitution n'existe que quand on peut la mettre dans sa poche»[1] ، وبمعنى آخر أن يكون الدستور مدوناً في وثيقة يمكن حملها في الجيب .

وتبعاً لما تقدم ذهب الفقه الفرنسي إلى القول بتحول فكرة الدساتير فلم يعد لها فقط معنى قانوني بحت وإنما صار لها أيضاً معنى سياسي نتيجة تحول الحكومات إلى حكومات ديمقراطية تقوم على أساس سيادة الأمة أو الشعب[2] . وإذا كان ظهور الدساتير المدونة وانتشارها قد ارتبط على النحو السابق بانتشار الأفكار الديمقراطية والرغبة في الحد من السلطان المطلق للملوك ، فاقترن نداء الحرية وتقرير مبدأ سيادة الشعب - على حد قول البعض من الفقه[3] - بالدعوة إلى الدساتير المكتوبة في الكثير من دول العالم ، فقد كان للظروف والأوضاع الدولية وخاصة عقب الحرب العالمية الأولى صداها في زيادة سرعة حركة تدوين الدساتير وانتشارها .

فمن ناحية حاولت الدول المنهزمة وضع دساتير جديدة تحدد نظام الحكم فيها على أسس واضحة ثابتة بعد أن تخلصت من الحكام الذين قادوهم إلى الهزيمة . ومثال ذلك الدستور الألماني المسمى بدستور ڤيمر الصادر عام ١٩١٩ . ودستور النمسا الصادر في عام ١٩٢٠ .

---

(١) Georges Burdeau, op. cit, P. 57

ومع ذلك يذهب الدكتور سعد عصفور الى ان هذه الاعتبارات مبالغ في اهميتها ،لانه من الثابت بالتجربة ان العبرة في بقاء الدستور أو صيانته ليست بتدوينه وانما بحرص الأفراد عليه وتعلقهم به ، وليس أدل على ذلك من أن الدستور الانجليزي وإن كان غير مدون أي عرفي فانه لا يزال قائماً وقوياً ، بينما عصفت الاحداث بكثير من الدساتير الفرنسية المدونة ، انظر مؤلفه السابق ص١٨٩ هامش ١ .

(٢) Georges Burdeau, op. cit, P. 57.

(٣) الدكتور ثروت بدوي ، المرجع السابق ، ص٣٧ ، الدكتور طعيمة الجرف المرجع السابق ، ص٧٩ .

ومن ناحية أخرى كان من نتائج هذه الحرب أن ظهرت دول جديدة مستقلة عمدت إلى وضع دساتير مكتوبة حتى تؤكد به وجودها وتثبت به دعائم استقلالها[١].

ومثال ذلك الدستور البولندي الصادر عام ١٩٢١، والدستور التشيكوسلوفاكي الصادر عام ١٩٢٠، ومن قبيل تلك الدساتير في الدول العربية الدستور السوري الصادر عام ١٩٢٠، والدستور المصري عام ١٩٢٣، والدستور اللبناني الصادر في عام ١٩٢٦، إذ عمدت هذه الدول بعد هزيمة تركيا والقضاء على الأمبراطورية العثمانية إلى وضع دساتير مكتوبة تؤكد بها كيانها القانوني. ثم سرعان أن عمت حركة إصدار الدساتير المدونة معظم دول العالم بعد الحرب العالمية الأخيرة. وشاع هذا النوع في دوَل أوروبا وأمريكا وآسيا وإفريقيا[٢]، وخاصة بعد تغيير نظم الحكم فيها من نظم ملكية إلى نظم جمهورية ولكي تؤكد هذه الدول ذلك التغيير وتثبته كان لا بد لها أن تقننه في دساتير مكتوبة.

على هذا النحو أدت العوامل السابقة جميعها إلى انتشار حركة الدساتير المدونة حتى أصبح وجود هذا النوع من الدساتير - إذا ما استثنينا انجلترا - سمة عالمية، وساد الاعتقاد لدى العالم أن هذه الدساتير قد صارت « جزءاً من كيان الدولة الحديثة »[٣] وانه لا محل اليوم للعدول عن فكرة الدساتير المدونة والرجوع إلى فكرة الدساتير العرفية التي نراها تسير تدريجياً إلى الزوال[٤].

---

(١) الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق ص٣٧، والدكتور محمد. حسنين عبد العال المرجع السابق ص٣٥.

(٢) وراجع في مدى العلاقة بين تدوين الدساتير وتجديد بناء الدولة
André Hauriou, Droit constitutionnel et institutions politiques, 1975, P. 317 et suiv.

(٣) Bernard Chantebout, op. cit, P. 27.

(٤) الدكتور عثمان خليل: الاتجاهات الدستورية الحديثة ١٩٥٥ - ١٩٥٨ ص٣٣.

تقسيم الدساتير الى دساتير مكتوبة أو مدونة واخرى عرفية تقسيم نسبي غير مطلق: -

إذا كانت الدساتير تنقسم من حيث كتابتها أو تدوينها الى دساتير مكتوبة أو مدونة وأخرى عرفية، الا أنه يلاحظ ان هذا التقسيم هو تقسيم نسبي غير مطلق[1]، فما من دستور إلا ويشمل أحكاماً مكتوبة وأخرى عرفية.

فمن ناحية نجد أن الدول التي تأخذ بنظام الدساتير العرفية أي غير المدونة يوجد بها بعض الوثائق الدستورية المكتوبة. فإنجلترا تعتبر من بلاد الدساتير العرفية، بل وتعتبر المثل التقليدي لدولة ذي دستور عرفي غير مكتوب، ومع ذلك فإن دستورها ينطوي على بعض الوثائق الدستورية المدونة والتي لها أهميتها في حياة هذه الدولة. ومن أمثلة هذه الوثائق:

العهد الأعظم Magna charta (عام ١٢١٥)، وملتمس الحقوق Petition of rights (عام ١٦٢٨)، وقانون الحقوق Bill of rights (عام ١٦٨٩)، وقانون توارث العرش Act of settlement (عام ١٧٠١)، وقانون البرلمان Parlement act (عام ١٩١١)، وقانون الوصايا على العرش The regency bill (عام ١٩٣٧)[2].

ومن ناحية ثانية نجد أن الدول التي تأخذ بنظام الدساتير المكتوبة أو المدونة يوجد بها قواعد دستورية استمدت كيانها من العرف والسوابق

---

(١) راجع في ذلك، الدكتور عبد الحميد متولي: القانون الدستوري والنظم السياسية ١٩٦٦ ص٨٥ ومؤلفه المفصل في القانون الدستوري ١٩٥٢ ص١٣٤، الدكتور عثمان خليل، المرجع السابق، ص٢٣، الدكتور سعد عصفور، المرجع السابق، ص١٨٧، الدكتور فؤاد العطار، المرجع السابق، ص٢٢٢، الدكتور محسن خليل المرجع السابق، ص٥٦٥، الدكتور محمد كامل ليله، المرجع السابق، ص٧٧، الدكتور عبد القادر الجمال، المرجع السابق، ص٢٨، والدكتور شمس مرغني علي، المرجع السابق، ص٦٦.

(٢) انظر في ذلك. Georges Burdeau, op. cit, P. 55 et suiv.

= Bernard Chantebout, op. cit, P. 27

التاريخية. وعلى هذا النحو يوجد بجانب النصوص الدستورية المكتوبة قواعد أخرى عرفية[1] تسد ما يعتري هذه النصوص من نقص أو تفسير أوجه الابهام أو الغموض التي تتضمنها.

واذا كانت الدول ذات الدساتير المدونة أو المكتوبة يوجد بها قواعد عرفية، والدول ذات الدساتير العرفية يوجد بها أيضاً قواعد مكتوبة على النحو السابق. إلا أنه يلاحظ في هذا الخصوص أن القواعد العرفية في الدول ذات الدساتير المدونة تظل في هذا الميدان استثناءً من الأصل العام وهي القواعد المدونة. كما يلاحظ أن القواعد المدونة أو المكتوبة في وثائق دستورية في الدول ذات الدساتير العرفية تظل أيضاً في هذا الميدان استثناء من الأصل العام وهي القواعد العرفية[2].

تقسيم الدساتير الى دساتير مدونة أو مكتوبة ودساتير عرفية يقوم على السمة الغالبة في الدستور (التدوين او عدم التدوين)

اذا كانت الدساتير المدونة أو المكتوبة يوجد بجوارها قواعد دستورية عرفية، والدساتير العرفية يوجد بجوارها وثائق تتضمن بعض القواعد

= Michel-Henry Fabre, op. cit, P. 155
Benoit Jeanneau, op. cit, P. 45

(١) Benoit Jeanneau, op. cit, P.46
Bernard Chantebout, op. cit, P. 28
Michel Henry Fabre, op. cit, P. 156
Julien Laferriere, op. cit, P. 270
الدكتور محسن خليل المرجع السابق ص٥٦٥، الدكتور محمد كامل ليله المرجع السابق، ص٧٨

(٢) الدكتور عبد الفتاح حسن المرجع، ص٣٥ وفي نفس المعنى انظر الدكتور السيد صبري: مبادىء القانون الدستوري، ١٩٤٩، ص٢٢٠.

الدستورية ، وبمعنى آخر اذا كانت جميع الدساتير تتضمن قواعد مكتوبة وأخرى غير مكتوبة أو عرفية حيث لا يوجد بلد دستوره مدون بحت أو عرفي بحت ، فان تقسيم الدساتير الى دساتير مدونة أو مكتوبة وأخرى عرفية يقوم على أساس السمة الغالبة في الدستور[1] . فاذا كانت السمة الغالبة للدستور هي سمة التدوين ،بأن كانت معظم أو أغلب قواعده مدونة في وثيقة أو وثائق دستورية ، عد الدستور دستوراً مدوناً[2]،واذا كانت السمة الغالبة للدستور هي عدم التدوين بان كانت معظم أو أغلب قواعده عرفية غير مدونة عد الدستور دستوراً عرفياً أو غير مدون[3] .

تضاؤل أهمية هذا التقسيم

يشير الفقه الدستوري المعاصر الى أن اهمية تقسيم الدساتير الى مدونة وغير مدونة أي عرفية قد تضاءلت في الوقت الحاضر نتيجة التداخل والمزج بين القواعد الدستورية المدونة والقواعد الدستورية العرفية فى جميع الدساتير ، اذ لا يوجد كما سبق ورأينا دستور مكتوب بحث ودستور عرفي بحت ، هذا فضلاً عن أن هذا التقسيم قد فقد أهميته بعد أن تضاءلت مكانة العرف واحتل التشريع مكان الصدارة في مصادر القانون .

وبانتشار ظاهرة التدوين باتت جميع دساتير العالم اليوم ـ عدا انجلترا ـ دساتير مدونة أي مكتوبة[4].

---

(١) الدكتور فؤاد العطار ، المرجع السابق ، ص٢٢٣ ، والدكتور محسن خليل ، المرجع السابق ، ص٥٦٥ .

(٢) وان كان ذلك لا ينفي وجود قواعد عرفية بجانب القواعد المنظومة في الوثيقة الدستورية .

(٣) وإن كان ذلك لا ينفي وجود بعض القواعد المدونة في وثائق دستورية بجوار القواعد العرفية .

(٤) الدكتور سعد عصفور المرجع السابق ، ص١٩٩ ، الدكتور محمد كامل ليله المرجع السابق ، ص٧٨ .

دور العرف في ميدان الدساتير المدونة: ـ

قلنا انه يوجد في الدول التي تأخذ بنظام الدساتير المدونة او المكتوبة قواعد عرفية بجوار القواعد التي تتضمنها الوثيقة الدستورية(١).

ازاء وجود هذه القواعد العرفية تساءل الفقه عن دور القواعد العرفية في ميدان الدساتير المدونة او المكتوبة.

إزاء ذلك تساءل الفقه عن دور هذه القواعد العرفية في ميدان الدساتير المدونة أو المكتوبة.

غير أنه قبل التعرض للإجابة على هذا التساؤل يجدر بنا أن نتعرض أولاً لتحديد المقصود بالعرف الدستوري، وتبيان أركانه.

التعريف بالعرف الدستوري(٢)

La Coutume constitutionnelle

يقصد بالعرف الدستوري تواتر العمل من جانب احدى السلطات الحاكمة

---

(١) ويرد الفقه ضرورة وجود القواعد العرفية بجوار القواعد المنظومة في الوثيقة الدستورية ،اي الدستور المكتوب ،الى ظاهرة انفصال الواقع السياسي عن النصوص الدستورية، وعدم الترادف بينهما ،إذ ينشأ عن هذاالفصل ،الذي يحدث نتيجة التطور الدائم للحياة في المجتمع، قواعد قانونية جديدة ـ خارج النصوص المكتوبة ـ مصدرها العمل المتكرر والتقاليد الثابتة التي تستجيب لهذا التطور ،فتحل هذه القواعد محل النصوص في اقرار التطابق من جديد بين الواقع والقانون ،كما تضفي على تصرفات الحكام التي تبدو مخالفة للقانون ـ لمخالفتها لما ورد في النصوص الدستورية ـ الصفة القانونية والشرعية.

الدكتور طعيمة الجرف المرجع السابق، ص١٠٤ وانظر ايضاً الدكتور كمال الغالي: مبادىء القانون الدستوري والنظم السياسية ـ الطبعة الثانية ص١١٣.

راجع في تحديد المقصود بالعرف الدستوري.

(٢) الدكتور عبد الحميد متولي: القانون الدستوري والانظمة السياسية ١٩٦٦، ص٨٩، الدكتور محسن خليل، المرجع السابق ص٥٦٥، الدكتور عبد الفتاح حسن، المرجع السابق، ص٤٥، الدكتور فؤاد العطار، المرجع السابق، ص٢٣٧، الدكتور محمد كامل ليله، المرجع السابق

في الدولة في شأن من الشئون الدستورية وفقاً لمسلك معين بحيث يكتسب هذا المسلك الصفة الملزمة[1].

أو هو عبارة عن «عادة درجت عليها هيئة حكومية في الشئون المتصلة بنظام الحكم في الدولة بموافقة (أو على الاقل دون معارضة) غيرها من الهيئات الحكومية ذات الشأن، ولتلك العادة (في نظر تلك الهيئات الحكومية وضميرها القانوني) ما للقواعد الدستورية كقاعدة عامة من جزاء قانوني»[2].

وينبغي ان ننبه - بادىء ذي بدء - الى عدم الخلط بين العرف الدستوري La coutume constitutionnelle والدستور العرفي La constitution coutumière

فالدستور العرفي عبارة عن مجموعة القواعد القانونية الناشئة عن العرف والسوابق التي لم تدون بعد في وثيقة مكتوبة. وهو خاص بالدول التي لا يوجد بها دساتير مكتوبة أي ليس لها دساتير بالمعنى الشكلي ومن أمثلة ذلك الدستور الانجليزي.

أما العرف الدستوري فهو أيضاً من القواعد القانونية الناشئة عن العرف والسوابق ولكن في ظل دستور مكتوب، ويكون لهذه القواعد دوراً مفسراً أو

= ص٣٦، والدكتور رمزي طه الشاعر، المرجع السابق، ص٧٩، ص١٣٩.
وانظر إيضاً في هذا الخصوص:

Georges Burdeau: institutions politiques et droit constitutionnel, 1972. P.202.

Bernard Chantebout: Droit constitutionnel et science politique, 1978, P.28

(١) ومن المعلوم ان القواعد العرفية كانت تعتبر المصدر الاساسي للقانون الدستوري في الدول التي تأخذ بنظام الدساتير العرفية أي غير المكتوبة وهي ما زالت تحتل الى اليوم مكان الصدارة في انجلترا المثال التقليدي للدول ذات الدساتير العرفية في وقتنا الحاضر.

(٢) الدكتور عبد الحميد متولي الفصل في القانون الدستوري ١٩٥٢، ص١٥٨.

مكملاً أو معدلاً لأحكام النصوص المدونة، فهو يوجد إذن في بلاد الدساتير المكتوبة بجوار الوثائق الدستورية[1].

وتبعاً لهذه التفرقة يمكن القول بأن انجلترا لها دستور عرفي دون أن يكون بها عرف دستوري، وإن فرنسا (ومصر) ليس لها دستور عرفي وإن كان فيها عرف دستوري[2].

أركان العرف الدستوري:

قلنا إن العرف الدستوري يعني اتباع هيئة من الهيئات الحاكمة لعادة معينة تتصل بنظام الحكم في الدولة دون معارضة في هذا الشأن، ويستقر في ضمير الجماعة ضرورة احترام هذه العادة والتقيد بها مما يجعل لها القوة الملزمة.

ويبين مما تقدم أن العرف الدستوري - شأنه في ذلك شأن العرف بصفة عامة - يقوم على ركنين أساسيين أولهما مادي والآخر معنوي[3].

---

(١) انظر في ذلك Georges Burdeau, op. cit, P.58

الدكتور طعيمة الجرف، المرجع السابق، ص١٠٥، الدكتور محمد حسنين عبد العال، المرجع السابق ص٨٩، الدكتور عبد الفتاح حسن، المرجع السابق، ص٤٦، والدكتور رمزي طه الشاعر، المرجع السابق، ص١٤١.

(٢) ويخالف في هذا الخصوص الدكتور ثروت بدوي حيث يرى ان العرف الدستوري هو كل ما يتعلق بالشؤون الدستورية... من قواعد ملزمة ومستقرة دون ان تكون هذه القواعد مدونة سواء في ذلك ظهرت هذه القواعد الى جانب دستور مكتوب او في بلد ليس لها دستور مكتوب.

ويستطرد الدكتور ثروت بدوي قائلاً «لذلك نقول ان بريطانيا لها دستور عرفي كما انه يمكن القول بوجود عرف دستوري في بريطانيا، أما الولايات المتحدة الاميركية فليس لها دستور عرفي وإن كان فيها عرف دستوري».

راجع الدكتور ثروت بدوي المرجع السابق، ص٤١، ص٤٢.

وانظر في عدم تأييد هذا الرأي ومناقشته الدكتور رمزي طه الشاعر، المرجع السابق، ص١٤٣ هامش ١.

(٣) انظر Marcel Prelot, op. cit, P.202.

=

أولاً : الركن المادي : L'element materiel

يتمثل الركن المادي في الاعتيار ، أي اعتياد إحدى السلطات الحاكمة على اتباع عادة معينة تتصل بنظام الحكم في الدولة ، أو تواتر العمل من جانبها على مسلك معين في خصوص ما يتصل بنظام الحكم من مسائل لها طابع دستوري.

ويلزم حتى يتم تكوين الركن المادي للعرف ان يتوافر شروط معينة في العادة التي تجري على سنتها هذه السلطات.

١ - التكرار **La répétition**: إذ يلزم ان يجري التصرف أو الاجراء من جانب السلطات الحاكمة بصورة متكررة ، اذ لا تنشأ العادة من مجرد واقعة واحدة أو اجراء واحد[١].

وإذا كان الاتفاق يكاد أن يكون تاماً بين أغلبية الفقه الدستوري على اشتراط التكرار بالنسبة للتصرف أو الإجراء (العادة) الصادر من السلطات الحاكمة ، إلا أن البعض قد ذهب إلى عدم ضرورة التكرار في التصرف أو الإجراء لقيام الأعراف الدستورية ، إذ قد تقوم هذه الأعراف استناداً إلى

= Maged El Helw: La coutune constitutionnelle en droit public Francais, P.73, et suiv.

وانظر ايضاً ، الدكتور عبد الحميد متولي ، المفصل في القانون الدستوري ص١٥٨ ، الدكتور ثروت بدوي ، المرجع السابق ، ص٨٢ الدكتور سعد عصفور ، المرجع السابق ، ص٨٣ ، الدكتور عبد الفتاح حسن ، المرجع السابق ، ص٤٦ ، الدكتور يحيى الجمل ، المرجع السابق ، ص٣٥ ، والدكتور محسن خليل ، المرجع السابق ص٥٦٦ ، الدكتور طعيمة الجرف المرجع السابق ، ص١٠٥ .

(١) «Un fait isolé ne suffit pas, il faut que ceux le suivent en fassent un précedent» Marcel Prelot, op. cit, P. 202

Maged EL - Helw, op. cit, P. 74.

وانظر ايضاً الدكتور ثروت بدوي ، المرجع السابق ، ص٨٢ .

تصرف واحد طالما أنه يعبر عن ضمير الجماعة[1].

والحقيقة إنه إذا كان الفعل الواحد يعتبر سابقة فإن هذه السابقة لا يكون لها قوة الإلزام ما لم تتكرر ، وهنا ينشأ العرف ، فالعرف لا ينشأ إلا بتكرار هذه السوابق والإعتياد عليها[2].

وأياً ما كان الأمر فإن التكرار في التصرف أو الاجراء الصادر عن الهيئات الحاكمة يعبر عن ضمير الجماعة واعتقادها في ميلاد القاعدة العرفية ، ويعتبر دليلاً على وجود عنصر الرضا والقبول لدى هذه الجماعة[3] فيكون شرطاً.

٢ ـ **العمومية : La géneralité** فيلزم أن تكون العادة عامة أي أنه يجب أن يسير على هديها ويلتزم بمقتضاها كل من يعنيهم الأمر أي السلطات الحاكمة ، ولذلك فلا ينشأ العرف إذا ما اعترض على العمل أو الاجراء المتكرر الصادر عن إحدى الهيئات[4] ، فيلزم قبول هذا العمل أو الاجراء من جانب جميع السلطات الحاكمة أي من جميع من يعنيهم الأمر في الدولة[5].

وإذا كان بعض الفقه يكتفي لقيام العرف الدستوري بعدم اعتراض

(١) الدكتور سعد عصفور : القانون الدستوري ١٩٥٤ ص٨٥ ، الدكتور طعيمة الجرف ، المرجع السابق ، ص١٠٦ ، الدكتور يحيى الجمل ، المرجع السابق ، ص٣٦ ، والدكتور محمد حسنين عبد العال ، المرجع السابق ص٩١.

(٢) «Un fait isolé constitue un précédent, un précédent unique ne peut avoir de force obligatoire: La coutume ne naît que de la répétition des précédents».Bernard Chantebout, op. cit, P. 28.

(٣) الدكتور عبد الحميد متولي ، القانون الدستوري والأنظمة السياسية ١٩٦٦ ، ص٩٠ ، الدكتور عبد القادر الجمال : النظم الدستورية العامة ١٩٥٣ ص١٤

(٤) الدكتور عبد الحميد متولي : القانون الدستوري للانظمة السياسية ١٩٦٦ ص٩٠.

(٥) وتبعاً لذلك ذهب الفقه الى ان تعيين الملك في مصر لوكيل الديوان الملكي عام ١٩٢٤ ولرئيس الديوان الملكي عام ١٩٣٧ بأمر ملكي موقع عليه منه وحده من السوابق التي لا يصح الاستناد اليها لتقرير حق الملك في تعيين رجال الحاشية الملكية بأمر ملكي (أي موقع منه وحده) بناء على العرف . إذ قد صادف هذا الاجراء في كلتا الحالتين احتجاج من جانب الوزارة القائمة في ذلك الحين.

الهيئات الحاكمة على السلوك أو الاجراء الصادر عن إحداها[1]، إلا أن البعض الآخر قد تطلب، فضلاً عن عدم اعتراض الهيئات الحاكمة، عدم اعتراض أفراد الجماعة على السلوك أو الاجراء المكون للعادة، فاعتبر اعتراض الأفراد شأنه في ذلك شأن اعتراض السلطات الحاكمة يكون حائلاً دون قيام العرف الدستوري. إذ يؤدي الرأي الأول ـ في نظره ـ إلى جعل إنشاء أو قيام القواعد العرفية رهناً بموقف السلطات الحاكمة في الدولة من هذه القواعد دون المحكومين. ورأى هذا الفقه ـ دون أن ينكر أن السلطات الحاكمة مؤهلة بحكم وظائفها لتشييد قواعد جديدة في المجال الدستوري ـ أن لمجموع الأفراد صالحاً مباشراً أو غير مباشر فيما يراد تشييده أو تعديله من قواعد دستورية. فما يقال في شأن موافقة السلطات الحاكمة ولو في صورة عدم الاعتراض، ينبغي أن يقال كذلك بالنسبة إلى مجموع الأفراد في الجماعة[2].

وإذا كان الرأي السابق يرى ضرورة رضاء وقبول الافراد، شأنهم في ذلك شأن السلطات الحاكمة، وعدم اعتراضهم على ما يصدر عن احدى

= انظر الدكتور عبد الحميد متولي: القانون الدستوري والأنظمة السياسية ١٩٦٦ ص٩٠، الدكتور ثروت بدوي المرجع السابق ص٨٣. ويشير الأستاذ جويه Gouet الى مثالين آخرين لم ينشأ بشأنهما قواعد عرفية لاعتراض احدى السلطات الحاكمة على اجراء تم اتخاذه، اولهما خاص بعزل الرئيس Millerand عام ١٩٢٤ في فرنسا، والآخر خاص بعزل البرلمان النرويجي لملك السويد، وذلك بالرغم من احتجاج كل من رئيس كل من الدولتين ومخالفة هذا العزل لاحكام الدستور الخاص لكل منهما. راجع مؤلف الدكتور سعد عصفور: القانون الدستوري ١٩٥٤، ص ٨٢.

(١) الدكتور عبد الحميد متولي: القانون الدستوري والانظمة السياسية ١٩٦٦، ص٨٩ ومابعدها. إذا ابان عن ان المقصود بالجماعة في القانون الدستوري والتي يلزم عدم اعتراضها على العادة هي (السلطات الحاكمة).

(٢) الدكتور سعد عصفور: القانون الدستوري ١٩٥٤ ص٨٣ وقدشاطر هذا الاتجاه بعض الفقهاء فتطلبوا ان تكون العادة موضع رضاء الافراد في الجماعة فضلاً عن السلطات الحاكمة انظر على وجه الخصوص الدكتور محمد كامل ليله، المرجع السابق، ص٣٩، والدكتور فؤاد العطار، المرجع السابق، ص٢٣٨.

السلطات من سوابق، فيبدو ان هذا الرأي قد لقي ترحيباً لدى البعض، رغم ما أورده من بعض التحفظات بشأنه، حيث ذهبوا إلى أن تطلب موافقة مجموع الافراد أو عدم اعتراضهم على تطبيق السابقة العرفية يجب ان تقتصر على الحالة التي تمس فيها القاعدة الدستورية مباشرة حقوق الأفراد، كأن تكون تلك السابقة متعلقة تعلقاً مباشراً بحرياتهم، وحقوقهم. أما في غير ذلك من الحالات، وحيث تتعلق السابقة العرفية بأعمال إحدى السلطات التي تتصل بعلاقاتها بغيرها من السلطات في الدولة، فلا حاجة لتطلب موافقة الأفراد أو عدم اعتراضهم[1].

ولحن لا يسعنا في هذا الخصوص إلا أن نشاطر الرأي الثاني في جملته والذي يتطلب لتكوين العادة أن لا يكون السلوك أو الاجراء الصادر عن إحدى السلطات العامة محل اعتراض من جانب الأفراد والسلطات على حد سواء، ذلك أن القواعد العرفية تقوم على أساس الضمير العام للجماعة ورضائها وقبولها لهذه القواعد. ولذلك قلنا إن التكرار بشأن السلوك أو الاجراء يعد بمثابة الإقرار أو الشهادة باعتناق ضمير الجماعة للقاعدة القانونية العرفية.

ولما كانت الجماعة لا تتمثل فقط في الحكام او السلطات الحاكمة في الدولة، وإنما تتمثل أيضاً في المحكومين، فإنه يلزم ايضا قبول هؤلاء الآخرين للعادات التي تتكون منها الاعراف القانونية، ومن ثم يلزم عدم الاعتراض عليها من جانبهم شأنهم في ذلك شأن السلطات الحاكمة.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فسوف نرى أن قيام العرف يتطلب ركناً آخر هو الركن المعنوي، أي قيام الاقتناع والعقيدة لدى الجماعة في أن العادة المتبعة قد صارت قاعدة ملزمة. وقيام الاقتناع والعقيدة لدى الجماعة أي السلطات والأفراد، يعني ضمنياً الموافقة عليها بطريق صريح او ضمني اي عدم الاعتراض.

---

(١) الدكتور رمزي طه الشاعر، المرجع السابق، ص٨٥.

أما ما ذهب إليه البعض من أنصار هذا الرأي من أن اعتراض الأفراد الذي يعتد به يجب أن يكون قاصراً على الحالة التي تمس فيها القاعدة الدستورية بصفة مباشرة حقوق الأفراد وحرياتهم ، دون تلك التي تمس فيها القاعدة مثلاً علاقة السلطات بعضها بالبعض. فنرى أن هذه التفرقة تحكمية ويعوزها السند القانوني .

٣ - الأطراد والثبات La Constance

ويشترط حتى تُكوّن العادة عرفاً قانونياً ان تكون هذه العادة مطردة اي أن تتبع بصفة منتظمة ومستقرة بدون انقطاع . فيجب أن يتكرر العمل بها من جانب الهيئات الحاكمة بصفة دائمة ، فلا تخرج عليها أو تخالفها ، الأمر الذي يُثبِّت استقرارها ويعززه . ويكفي للتشكيك في ثبوت العادة واستقرارها صدور تصرف واحد مخالف لمضمونها . فإذا تكررت هذه المخالفة كان ذلك كافياً لتقويض هذه العادة وهدمها[١] .

ويفيد تطلب شرط الاطراد والثبات في العادة ، حتى تكون عرفاً قانونياً ، ان لا تمثل هذه العادة نزوة عارضة أو طائشة .

٤ - القدم L'Ancienneté

ويجب حتى تصير العادة عرفاً أن تكون هذه العادة قديمة ، أي أن يتواتر العمل بها مدة طويلة تكفي للدلالة على ثبوتها واستقرارها[٢] . ويتفق الفقه على أن عنصر المدة لا يمكن تحديده بصفة قاطعة ومحددة[٣] . اذ ان الأمر

---

(١) «Un fait en sens contraire met la coutume en doute, plusieurs la ruinant»
Marcel Prélot, op. cit, P. 203 et Maged EL-Helw. thèse précitée, P. 80.
وانظر أيضاً الدكتور ثروت بدوي ، المرجع السابق ، ص٨٣ ، الدكتور سعد عصفور ، المرجع السابق ، ص٨٤ .

(٢) Bernard Chantebout, op. cit, P. 28.

(٣) Marcel Prélot, op. cit, P. 203.
Maged El-Helew, thèse précitée P.80.

يتوقف على ظروف كل حالة على حدة. فهناك بعض القواعد العرفية تقررت باتباعها مدة تقارب القرن من الزمان أو تفوق ذلك، وهناك قواعد أخرى تقررت باتباعها مدة قرابة عشر سنوات فقط[١] أو أقل.

وإذا كان عنصر المدة من الصعب تحديده على النحو السابق، فإن الفقه يشترط حدوث التكرار ولو لمرة واحدة، أي أن يعمل بالتصرف أو الاجراء الذي تتضمنه العادة مرتين على الأقل، إذ بدون ذلك لا يمكن القول بأن ثمة عادة أو عرفاً[٢].

أياً كان الأمر فإن مرور الزمن على اتباع القاعدة وقدمها دليل على استقرار القاعدة وأنها لم تكن تمثل اتجاهاً مؤقتاً أو طارئاً[٣].

٥ ـ الوضوح **La Clarté**

وفي النهاية يلزم لتكوين العرف أن تكون العادة على قدر كبير من الوضوح بحيث لا يؤدي الأمر كما يقول الاستاذ Marcel Prelot الى الوقوع في هوة الاضطراب في تفسيرها[٤].

هذا ولا يشترط ان يكون العمل موضوع العادة عملا ايجابياً صادراً عن السلطات العامة في الدولة، فقد يكون عملا سلبياً أي مجرد امتناع هذه

---

(١) راجع في ذلك Marcel Prélot, op. cit, P. 203

(٢) الدكتور عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والانظمة السياسية ١٩٦٦ ص٩٢.

(٣) ويرى الدكتور عبد الحميد متولي أنه وإن كان من غير المستطاع ان يحدد بالدقة تلك المدة إلا انه لا يشترط ان يكون العرف قديما كما هو الشأن في القانون الخاص، ففي ميدان القانون الدستوري يصح ان يكون العرف جديداً.

راجع مؤلفه القانون الدستوري والانظمة السياسية ١٩٦٦ ص٩٢ ومؤلفه المفصل في القانون الدستوري ١٩٥٢ ص١٦٥.

(٤) Marcel Prélot, op. cit, P. 203
Bernard Chantebout, op. cit, P. 28

السلطات عن استعمال حق من الحقوق الدستورية[1] شريطة أن لا تكون هذه العادة مخالفة لنص دستوري قائم .

ثانيا : الركن المعنوي[2]: L'Elément Moral

لا يكفي توافر الركن المادي لقيام العرف الدستوري وإنما يلزم ان يتحقق أيضاً الركن الآخر وهو الركن المعنوي . ويقصد بالركن المعنوي هو ان يستقر في ضمير الجماعة بأن العادة ـ السلوك او الاجراء الصادر عن السلطات الحاكمة ـ قد اصبحت واجبة الاتباع باعتبارها قاعدة قانونية لها ما لجميع القواعد القانونية من قوة الالزام . ومن الطبيعي أن يكون الاعتقاد بلزوم القاعدة والزامها لدى الجماعة لاحقاً على الاعتياد ، إذ يبدأ الأمر بتكرار غير ملزم للقاعدة ، ثم اطراد على اتباعها فينشأ الاعتقاد لدى الجماعة بلزومها وإلزامها[3] .

واذا كان قيام الركن المادي في العرف الدستوري يتطلب صدور التصرف أو السلوك (العادة) من جانب احدى السلطات الحاكمة في الدولة ، فإن قيام الركن المعنوي فيه يستوجب قيام العقيدة بلزوم العادة وبأنها صارت قاعدة ملزمة لدى الجماعة اي السلطات الحاكمة والافراد على حد سواء . فهذا الركن يتطلب اقتناع الرأي العام ـ أي افراد الشعب ـ بالقوة الملزمة للقاعدة العرفية . ولذلك قلنا فيما سبق انه يلزم لقيام القاعدة العرفية ـ على الاقل ـ عدم الاعتراض عليها سواء من جانب السلطات الحاكمة او من جانب الافراد بشأن

---

(١) الدكتور عبد الحميد متولي القانون الدستوري والانظمة السياسية ١٩٦٦ص٩١ ، الدكتور محمود حلمي ، المرجع السابق ، ص٣٨ . وانظر ايضا .

Maged El-Helw, these precité P. 77

(٢) راجع في الركن المعنوي للعرف الدستوري ، للدكتور ثروت بدوي ، المرجع السابق ص٨٤ ، والدكتور رمزي طه الشاعر المرجع السابق ، ص٨٧ ، والدكتور عبد الحميد متولي المرجع السابق ، ص٨٩ . وانظر ايضا : Marcel Prelot, op. cit, P.203.

Maged El-Helw, these precitée P.82.

(٣) الدكتور رمزي طه الشاعر ، المرجع السابق ، ص٨٧ .

السلوك أو الاجراء الصادر عن إحدى سلطات الدولة[1].

دور العرف الدستوري في ميدان الدساتير المدونة

يشير الفقه إلى أن العرف الدستوري الذي ينشأ بجوار الوثيقة الدستورية قد يكون عرفاً مفسراً لنص في الدستور، وقد يكون عرفاً مكملاً لنقص جاء فيه، وقد يكون في النهاية عرفاً معدلاً لحكم من أحكام الدستور وذلك إما بإلغائه أو بالإضافة إليه.

وعلى هذا النحو يقسم الفقه العرف الدستوري إلى عرف مفسر وعرف مكمل وعرف معدل.

العرف المفسر **Coutume Interprétative**

يفترض العرف الدستوري المفسر أن ثمة نصاً دستورياً غامضاً أو مبهماً، ثم يجري العمل بتفسيره على نحو معين.

وعلى هذا النحو فإن العرف الدستوري المفسر يهدف أساساً الى توضيح ما يكتنف نصوص الدستور من غموض أو ابهام، فهو لا يخرج عن دائرة النصوص المكتوبة وانما يعمل في دائرتها وفي نطاقها. فهو لا ينشيء إذن قاعدة قانونية جديدة، وإنما يقتصر على تفسير وايضاح القاعدة المكتوبة[2]. فيرتفع بها من صفة القاعدة المبهمة الى صفة القاعدة الواضحة[3].

---

(1) انظر في ذلك الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق ص٨٥ الدكتور محمد كامل ليله المرجع السابق، ص٣٩، الدكتور رمزي طه الشاعر المرجع السابق، ص٨٨.

(2) الدكتور يحيى الجمل المرجع السابق، ص٣٦، الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق ص٧٢ الدكتور عبد الفتاح حسن المرجع السابق ص٤٧، الدكتور محمود حلمي، المرجع السابق ص٤٠ والدكتور رمزي طه الشاعر، المرجع السابق، ص١٥٢.

(3) ومع ذلك يرى الدكتور عبد الفتاح حسن انه إذا كان العرف المفسر يقوم على تفسير قاعدة قائمة مصدرها المشرع، أي على توكيد حقيقة قصدها واضع النص، بحيث يرتفع النص الغامض الى مرتبة النص الواضح، وعندئذ يكون دور العرف محدداً، إلا أنه قد لا يقنع العرف بمثل هذا =

والعرف الدستوري المفسر يعتبر جزءاً من الدستور المدون الذي يقوم على تفسيره وتوضيحه، فيكون له تبعاً لذلك ذات القيمة القانونية التي تكون للدستور المكتوب[1] يستوي في ذلك أن يكون الدستور مرناً أي يمكن تعديله بنفس الاجراءات التي يعدل بها التشريع العادي، أم جامداً[2] أي يتطلب في تعديله اتباع إجراءات خاصة تختلف عن إجراءات تعديل القانون العادي[3] على نحو ما سنرى فيما بعد.

ومن الأمثلة التقليدية التي يذكرها الفقه للاشارة الى العرف المفسر، ما جرى عليه العمل في ظل الدستور الفرنسي الصادر عام ١٨٧٥ من الاقرار لرئيس الجمهورية بسلطة اصدار اللوائح التنفيذية على الرغم من عدم وجود نص صريح في الدستور سالف الذكر يقر له صراحة بهذا الحق. وقد نشأ هذا العرف تفسيراً لنص المادة الثالثة من التشريع الدستوري الصادر في ٢٥ فبراير ١٨٧٥ والتي كانت تنص على أن رئيس الجمهورية يكفل تنفيذ القوانين Aussure Lexecution de Lois. وقد فُسر هذا النص على أساس أن كفالة

= الدور الضيق فيحمل النص الغامض - تحت ستار تفسيره - اكثر مما يحتمل، ويبعده عن حقيقة قصد واضعيه، اي ان العرف المفسر في مثل هذه الحالة لا يقتصر على مجرد ضمان تطبيق النص تطبيقاً صحيحاً، ولكنه يسهم في تطبيقه تطبيقاً جديداً مغايراً للغاية الأصلية منه وعندئذ تظهر اهمية العرف المفسر كمصدر للقواعد الدستورية. الدكتور عبد الفتاح حسن، المرجع السابق ص٤٧.

(١) الدكتور ثروت بدوي المرجع السابق ص٧٢، الدكتور يحيى الجمل، المرجع السابق، ص٣٦، الدكتور محسن خليل المرجع السابق ص٥٦٦، الدكتور محمد كامل ليله، المرجع السابق، ص٤٤، والدكتور عبد الفتاح ساير داير، المرجع السابق، ص٢٥٢ الدكتور اسماعيل مرزه المرجع السابق ص١٠٢.

(٢) الدكتور سعد عصفور، المرجع السابق، ص٨٦.

(٣) واذا كان الفقه يكاد ان يكون مجمعاً على ان العرف المفسر له ما للنصوص الدستورية من قوة، فان الدكتور عبد الفتاح حسن يرى ان العرف المفسر لا يكون له - في ظل الدستور الجامد - قوة النصوص الدستورية، وأنما يكون له فقط قوة القانون العادي، وعليه يجوز الغاؤه أو تعديله بقانون عادي، الدكتور عبد الفتاح حسن، المرجع السابق، ص٥٠. =

تنفيذ القوانين لا يكون إلا بإمكانية إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذها ، أي اللوائح التنفيذية[1] .

وعلى هذا النحو نجد في المثال السابق أن العرف الدستوري قد نشأ ليزيل الغموض الذي اكتنف النص دون أن يضيف جديداً . إذ أن كفالة تنفيذ القوانين لا يكون الا عن طريق اصدار اللوائح التنفيذية وهو ما عمل العرف على ايضاحه .

العرف المكمل La Coutume Complémentaire

يفترض العرف المكمل ، تبعاً للرأي الغالب في الفقه ، وجود قصور أو نقص في الاحكام الواردة في الوثيقة الدستورية ، وذلك بسكوت الدستور عن تنظيم موضوع معين من الموضوعات الدستورية ، فيتدخل العرف وينشىء حكماً جديداً يسد به أوجه النقص أو الفراغ الذي تركه المشرع الدستوري .

على هذا النحو يختلف العرف المكمل عن العرف المفسر . فإذا كان العرف المفسر يقتصر على تفسير ما غمض من نصوص الدستور ، أي يستند على نصوص دستورية قائمة يفسرها ويوضحها ، فإن العرف الدستوري المكمل ـ على خلاف ذلك ـ ينشىء حكماً جديداً ويعالج موضوعاً لم يعالجه المشرع الدستوري ، فيسد النقص في الأحكام الواردة في الدستور ومن ثم فلا يستند إلى نص قائم[2] .

ويكاد أن يكون الاتفاق منعقداً بين اغلبية الفقه الدستوري

---

(١) الدكتور سعد عصفور المرجع السابق ص٨٥ ، الدكتور يحيى الجمل ، المرجع السابق ، ص٣٦ الدكتور ثروت بدوي ، المرجع السابق ، ص٧٢ ، والدكتور محمد كامل ليله ، المرجع السابق ص٤٠ .

(٢) الدكتور عبد الفتاح ساير داير ، المرجع السابق ، ص٢٥٣ ، الدكتور طعيمة الجرف ، المرجع السابق ، ص١١٤ الدكتور محسن خليل المرجع السابق ، ص٥٦٧ ، الدكتور محمد كامل ليله ، المرجع السابق ، ص٤١ ، الدكتور فؤاد العطار المرجع السابق ، ص٢٤١ .

على شرعية العرف المكمل ، وعلى أن له القوة القانونية التي تتمتع بها النصوص الدستورية ، ومن ثم فهو يلحق بالعرف المفسر من حيث مشروعيته ومدى قوته القانونية .

وقد استندت هذه الغالبية من الفقه ، في الحاق العرف المكمل بالعرف المفسر من حيث مشروعيته وقوته ، الى ان العرف المكمل ليس الا نوعاً من العرف المفسر ، اذ يقوم على تفسير سكوت المشرع الدستوري عما اغفله من تنظيم لبعض الموضوعات ، وذلك على أساس ان ما لم ينص عليه المشرع صراحة فانه يبيحه ضمناً ، طالما ان العرف لم يتضمن مخالفة صريحة لنص دستوري او يقوم على تعديل حكم من احكامه[١] .

على أن البعض الآخر من الفقه الدستوري ويمثله الاستاذ[٢] Laferriere لا يقر بمشروعية العرف المكمل ولا بأي قيمة قانونية له في المجال الدستوري استناداً الى انه يعتبر في حقيقته عرفاً معدلا للدستور ، وهو لا يعترف لغير العرف المفسر بأية قيمة قانونية في الدول التي تأخذ بنظام الدساتير الجامدة .

فالعرف ـ في نظره ـ إذا ما خرج عن نطاق تفسير النصوص الدستورية وأنشأ قاعدة جديدة ، فإن الأمر يتعلق بما يسمى بتعديل الدستور ، وهو ما لا يجوز بحال في كل دستور جامد إلا وفقاً لإجراءات خاصة نص عليها الدستور[٣] .

ومن ثم فقد اراد هذا الفقه ان يقر للعرف المكمل فقط بقوة التشريعات العادية[٤] وليس بقوة التشريعات الدستورية ، اذ يمثل العرف في نظرهم الارادة

---

(١) الدكتور ثروت بدوي ، المرجع السابق ، ص٧٣ ، الدكتور طعيمة الجرف ، المرجع السابق ، ص١١٥ ، الدكتور عبد الفتاح سايرداير ، المرجع السابق ، ص٢٥٣ ، الدكتور محسن خليل ، المرجع السابق ص٥٦٧ .

(٢) Julien Laferriere: manuel de droit constitutionnel, 1947, p.349..

(٣) راجع في ذلك ايضاً الدكتور عبد الفتاح ساير داير ، المرجع السابق ، ص٢٥٤ ، الدكتور ثروت بدوي المرجع السابق ص٧٣ .

(٤) ويأخذ بذات الاتجاه الدكتور عبد الفتاح حسن ، المرجع السابق ، ص٤٩ ، ص٥٠ .

المفترضة للمشرع الدستوري والتي لم تصل بعد الى حد النصوص الدستورية ذاتها[١].

ونحن نتفق مع رأي غالبية الفقه الدستوري[٢] التي ترى امكان وجود العرف الدستوري المكمل، وإمكان تمتعه، في ظل الدساتير الجامدة، بقوة النصوص الدستورية ذاتها، وذلك تأسيساً على الارادة المفترضة للمشرع الدستوري، طالما أن القواعد العرفية لا تتضمن في هذا الخصوص ما يتعارض أو يتناقض مع نصوص الدستور أو روحه[٣].

ومن الأمثلة التقليدية التي تضرب في هذا المجال للاشارة الى العرف المكمل عدم نص الدستور الفرنسي الصادر عام ١٨٧٥ على الطريقة التي يتم بها عقد القرض العام، على حين ان الدساتير السابقة عليه - ومن أهمها الدستور الفرنسي الصادر في ٢٩ يونيو ١٨١٥ - قد نصت على ان القرض العام لا يعقد إلا إذا صدر قانون يأذن به. ومن ثم جرى العمل في ظل الدستور ١٨٧٥ على أن ثمة قاعدة عرفية تكمل النقص الدستوري، في هذا الخصوص، مفادها عدم جواز عقد القرض العام الا بناء على قانون يصرح بذلك[٤].

وإذا كان أغلبية الفقه تذهب إلى أن العرف الدستوري المكمل هو ذلك الذي يقوم على تنظيم مسألة لم تتناولها النصوص الدستورية، فيخلق العرف

---

(١) انظر في هذا الرأي سعد عصفور المرجع السابق، ص٨٨، والدكتور محسن خليل، المرجع السابق، ص٥٦٧.

(٢) الدكتور ثروت بدوي المرجع السابق، ص٧٦، الدكتور يحيى الجمل، المرجع السابق، ص٣٩، الدكتور فؤاد العطار المرجع السابق ص٢٤٢، والدكتور رمزي طه الشاعر، المرجع السابق، ص١٦٥ وما بعدها.

(٣) ويذهب بعض الفقهاء في تأسيس رأيهم إلى أنه إذا كان للعرف الدستورى أن يكمل النقص عند سكوت الشارع الدستوري، فاساس ذلك انه لا يجوز ان يفسر هذا السكوت على أنه منع من جانب المشرع الدستوري، الدكتور فؤاد العطار، المرجع السابق، ص٢٤٢.

(٤) الدكتور يحيى الجمل المرجع السابق ص٣٨.

قواعد جديدة لا سند لها في الوثيقة الدستورية، ومن ثم لا يستند هذا العرف إلى نص قائم في الدستور كما هو الحال في المثال السابق والمتعلق بعقد القرض العام[1]. إلا أن البعض الآخر من الفقه يذهب إلى أن العرف الدستوري المكمل يمكن أن ينشأ في حالتين[2].

الحالة الأولى: ويفترض فيها أن الدستور لم يأت أصلاً بتنظيم لموضوع معين، فيأتي العرف ليسد هذا النقص ويكمل هذا الفراغ بما لا يتعارض مع نصوص الدستور. ومثال ذلك العرف الذي نشأ بشأن عقد القرض العام في ظل الدستور الفرنسي الصادر عام ١٨٧٥ حيث لم ينظم هذا الدستور كيفية عقد القرض على نحو ما سبق إيضاحه.

الحالة الثانية: ويفترض فيها ان الدستور قد أتى بتنظيم لأمر معين ولكن هذا التنظيم جاء متضمناً لبعض جوانب النقص والقصور، فيأتي العرف المكمل ليسد هذا النقص والقصور. ومن أمثلة العرف الدستوري المكمل الذي نشأ في هذه الحالة، أن الدستور الفرنسي الصادر عام ١٨٧٥ قد نظم موضوع انتخاب اعضاء الجمعية الوطنية، وقضى بأن يكون ذلك الانتخاب وفقاً لنظام الاقتراع العام دون ان يبين كيفية تطبيق هذا المبدأ، ودون ان يحدد ما إذا كان الانتخاب مباشراً او غير مباشر، إلا أن العمل قد جرى في فرنسا على أن الانتخاب يكون عاماً ومباشراً، على اعتبار أن ثمة عرفاً دستورياً قد استقر في فرنسا على أن الانتخاب يكون مباشراً.

---

(١) الدكتور رمزي طه الشاعر، المرجع السابق، ص١٥٦، الدكتور فؤاد العطار، المرجع السابق، ص٢٤١، الدكتور محسن خليل، المرجع السابق، ص٥٦٧، والدكتور سعد عصفور، المرجع السابق ص٨٦، ص٨٩.

(٢) الدكتور يحيى الجمل، المرجع السابق، ص٣٧ وما بعدها، الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق ص٧٥.

في هذا الحالة الأخيرة نكون ازاء تنظيم لموضوع معين في نصوص الدستور ، الا أن هذا التنظيم قد شابه نقص أو قصور فنشأ عرف دستوري يكمل ذلك التنظيم ويتممه(١) .

ونحن نؤيد هذا الاتجاه الأخير من الفقه ، ونرى معه أن نشوء العرف الدستوري المكمل لا يقف فقط عند حالة سكوت الدستور وإغفاله لتنظيم معين من الموضوعات الدستورية ، وإنما ينشأ هذا العرف أيضاً إذا ما تضمن الدستور تنظيماً لأحد الموضوعات الدستورية ، وكان هذا التنظيم مشوباً بالقصور أو النقصان من جانب المشرع الدستوري . فالعرف المكمل يعمل في الحالة الأولى على تنظيم موضوع بأكمله غفل عنه المشرع الدستوري فلم تنظمه الوثيقة الدستورية على الاطلاق ، ويعمل في الحالة الثانية على تكملة النقص أو القصور الذي شاب الموضوع الذي نظمه المشرع الدستوري بشكل لا يتسم بالكمال(٢) . وفي كلتا الحالتين ينشأ العرف ليسد النقص والقصور في الوثيقة الدستورية .

---

(١) وهذا العرف اعتبره الاستاذ Lafferriere ملحقاً بالعرف المفسر ، وتبعاً لذلك اعطى له ما للقواعد الدستورية المكتوبة من قوة قانونية . بينما يذهب الاستاذ Duguit الى اعتباره عرفا مكملا، راجع في تفصيل هذا الموضوع ، الدكتور ثروت بدوي ، المرجع السابق ، ص٧٤ والدكتور يحيى الجمل المرجع السابق ، ص٣٧ والدكتور محمد كامل ليله المرجع السابق ، ص٤١ هامش ١

(٢) وهذا ويلاحظ ان الدكتور عبد الفتاح حسن يأخذ برأي مخالف تماماً في هذا الخصوص ، اذ يرى ان العرف المكمل يكون قاصراً على الحالة التي يوجد فيها نص مكتوب تصدى لموضوع معين بالتنظيم، ولكن في صورة غير كاملة ، ويكون دور العرف عندئذ تكملة هذه الاحكام اي سد ما يكون بالتنظيم الذي وضعه النص من نواحي النقص ، فالعرف يستند حينئذ على نص قائم مثله في ذلك مثل العرف المفسر . أما الحالة الثانية والتي تفترض عدم وجود نص في الدستور ينظم موضوعا معينا وسكوت الدستور في هذا الخصوص تماماً ، ويقوم العرف حينئذ فينظم الموضوع الذي اغفله المشرع الدستوري ، فهو لا يدخلها في نطاق العرف المكمل ، وانما يطلق عليها ما يسمى بالعرف المنشيء ، وهذا النوع الأخير لا يستند في نظره الى نص دستوري قائم ، وانما ينشيء قاعدة قانونية جديدة تسد نقص في الدستور .

راجع الدكتور عبد الفتاح حسن ، المرجع السابق ، ص٤٨ .

وهذا العرف يكون له ـ كما سبق وأشرنا ـ ما للقواعد الدستورية المدونة من قوة قانونية.

العرف المعدل **La Coutume Modificatrice**

يقصد بالعرف الدستوري المعدل ذلك العرف الذي يخالف نصاً من نصوص الدستور ومن ثم يهدف الى تعديل حكم من احكامه.

وقد جرت العادة لدى غالبية الفقه الدستوري[1] على التمييز بين نوعين من العرف المعدل، وذلك تبعاً للدور الذي يقوم به تجاه نصوص الدستور المكتوبة، العرف الدستوري المعدل بالإضافة والعرف الدستوري المعدل بالحذف.

والعرف المعدل في حالتيه يفترض أن ثمة تنظيماً دستورياً لموضوع من الموضوعات،ثم ينشأ عرف يعدل من ذلك التنظيم على غير ما يقتضيه النص[2].

والعرف المعدل بالإضافة يهدف إلى منح هيئة من هيئات الدولة اختصاصاً جديداً لم يتقرر لها وفقاً لنصوص الدستور، ودون إمكانية تقرير هذا الاختصاص الجديد عن طريق تفسير النصوص الدستورية.

ومن أمثلة العرف المعدل بالاضافة، ما جرى عليه العمل من جانب البرلمان الفرنسي في تفويض السلطة التنفيذية في وضع قواعد عامة عن طريق المراسيم في ظل دستور ١٨٧٥، وذلك على الرغم من أن المادة الأولى من التشريع الدستوري الصادر في ٢٥ فبراير ١٨٧٥ كانت تقضي بالاختصاص المطلق للسلطة التشريعية في مجال التشريع، الأمر الذي يستفاد منه منع البرلمان من

---

(١) انظر الدكتور عبدالفتاح سايردابر، المرجع السابق، ص٢٥٤، الدكتور محسن خليل، المرجع السابق، ص٥٦٧. الدكتور طعيمة الجرف، المرجع السابق، ص١١٦، الدكتور سعد عصفور المرجع السابق، ص٨٩، الدكتور يحيى الجمل المرجع السابق، ص٣٦، والدكتور فؤاد العطار، المرجع السابق، ص٢٤٣.

(٢) الدكتور يحيى الجمل، المرجع السابق، ص٣٦.

تفويض هيئة أخرى هذا الاختصاص التشريعي[١].

أما العرف المعدل بالحذف فيكون بإسقاط حق من الحقوق أو اختصاص من الاختصاصات التي قررها الدستور لهيئة من هيئات الدولة، وبعبارة أخرى يجري العرف على عدم تطبيق نص من نصوص الدستور[٢].

ومن الأمثلة التي يسوقها الفقه الدستوري في هذا الخصوص للدلالة على العرف المعدل بالحذف ما جرى عليه العمل في فرنسا في ظل دستور ١٨٧٥ من عدم استخدام رئيس الجمهورية لسلطته أو حقه في طلب اعادة النظر في القوانين الصادرة عن البرلمان، وكذلك عدم استخدامه لحقه في حل مجلس النواب منذ عام ١٨٧٧ حتى قيام حكومة فيشي عام ١٩٤٠. في هذه الأمثلة يشير غالبية الفقه الفرنسي الى أن عرفاً معدلا للدستور بالحذف أدى الى اسقاط

(١) راجع الدكتور عبد الفتاح سايردابر، المرجع السابق، ص٢٥٤، ومن الأمثلة التي يشير اليها الفقه المصري للدلالة على العرف المعدل بالاضافة العرف الذي كان يخول للحكومة - في ظل دستور ١٩٢٣ - حق اصدار لوائح بوليس لتنظيم الأمور المتعلقة بالامن العام. أو الصحة العامة، أو السكنية العامة. راجع الدكتور رمزي طه الشاعر، المرجع السابق، ص١٥٧. الدكتور طعيمة الجرف، المرجع السابق، ص١١٦ والدكتور محمد كامل ليله، المرجع السابق، ص٤٢؛ وقد أشار سيادته الى ان الدكتور عبد الحميد متولي يأخذ بذات الرأي ويفسر اصدار هذه اللوائح في مصر نتيجة قيام عرف معدل بالاضافة.

ونحن نرى انه اذا كان حق السلطة التنفيذية في اصدار هذا النوع من اللوائح يرجع الى قيام عرف دستوري، الا انه لا يجوز وصف هذا العرف بأنه عرف معدل بالاضافة وانما هو في حقيقته عرف مكمل، اذ أن دستور ١٩٢٣ لم ينظم هذا الموضوع وأنما جاء صامتاً في هذا الخصوص، فنشأ عرف دستوري يكمل هذا النقص ويكمل ما في الدستور من قصور.

على أي حال فقد كان تكييف العرف الذي تم بمقتضاه اصدار لوائح البوليس أو الضبط مثار خلاف في الفقه الفرنسي، فمنهم من اعتبره مكملاً للدستور على اساس ان المشرع لم ينظمها بالذات، ومنهم من اعتبره معدلاً له على اساس انه اضاف احكاماً تعدل فيما أورده المشرع من تنظيم لسلطة اصدار اللوائح.

انظر الدكتور سعد عصفور، المرجع السابق ص٨٩.

(٢) الدكتور طعيمة الجرف المرجع السابق ص١١٩، الدكتور محسن خليل المرجع السابق ص٥٦٨، الدكتور محمد كامل ليله المرجع السابق ص٤٣، الدكتور ثروت بدوي المرجع السابق ص٧٧.

النصوص التي تخول لرئيس الجمهورية هذه الحقوق[1].

هذا هو المقصود بالعرف الدستوري المعدل بالاضافة والعرف الدستوري المعدل بالحذف، غير ان التساؤل يثور في هذا الخصوص عن مدى مشروعية العرف المعدل في كلتا الحالتين؟ وما مدى القوة القانونية لكل منهما؟

وقد تنازع الاجابة على هذا التساؤل اتجاهات ثلاثة متمايزة: أولها يقر بشروعية العرف المعدل، وإن اختلف حول مدى القوة القانونية التي يتمتع بها هذا العرف إزاء النصوص الدستورية. وثانيها لا يقر بشروعية هذا العرف. وثالثها يقر بشروعية العرف المعدل بالإضافة دون العرف المعدل بالحذف.

الاتجاه الأول: الإقرار بشروعية العرف المعدل

ذهب بعض الفقه الدستوري الى مشروعية العرف المعدل، وذلك بناء على أن العرف في حقيقته ليس سوى التعبير المباشر عن ارادة الأمة، وبما ان الأمة هي صاحبة السيادة، فيجب أن تكون هي السلطة التأسيسية العليا، ولما كانت القاعدة العرفية تستمد قوتها من هذه السلطة فيجوز لها أن تلغي نصاً دستورياً أو تعدله[2].

وإذا كان هذا الفقه قد سلم بشروعية قيام عرف معدل إلا أنه قد اختلف في مدى قوة هذا العرف.

---

(١) غير ان الاستاذ موريس هوريو يخالف ذلك. ويرى ان عدم استخدام رئيس الجمهورية لحقه في حل مجلس النواب لم يؤدِ إلى الغاء هذا الحق، أو اسقاطه وأنه لم ينشأ عرف دستوري معدل، فحق الحل لا يمكن أن يسقط بعدم الاستعمال ،ولم يكن هناك مانع - في المثال السابق - يحول دون ممارسة رئيس الجمهورية لهذا الحق من الناحية القانونية، وان كان قدأدى من الناحية العملية الى كثير من المتاعب السياسية.

انظر في ذلك الدكتور يحيى الجمل، المرجع السابق، ص٤٠، والدكتور محمد حسنين عبد العال المرجع السابق، ص٩٦.

(٢) انظر في عرض هذا الرأي الدكتور عبد الفتاح سايرداير، المرجع السابق، ص٢٥٥، والدكتور =

فذهب رأي إلى أن العرف المعدل يكون له ما للنصوص الدستورية من قوة ، ومن ثم فهو يكون أعلى من التشريعات العادية ، إذ هو أقرب منها إلى ضمير الجماعة ، ولذلك يكون في مرتبة توازي أو تعادل النصوص الدستورية[1] .

وقد استند هذا الفقه في تعزيز رأيه ، فضلاً عن الاعتبارات النظرية السابقة ، إلى الاعتبارات العملية أو الواقعية التي مرت بها النظم الدستورية والتي أثبتت قدرة هذا العرف على تعديل أحكام الدساتير[2] .

وذهب رأي آخر إلى أن للعرف المعدل قوة أقل من قوة النصوص الدستورية . فيكون له قوة التشريعات العادية فحسب ، وذلك على أساس أن القوانين العادية والعرف يمثلان إقرار المشرع العادي بالتشريع بوصفه تعبيراً عن إقراره الصريح ، وبالعرف بوصفه تعبيراً عن إقراره الضمني[3] ، هذا فضلاً عن أن القول بأن العرف المعدل يكون له قوة النصوص الدستورية المكتوبة

= سعد عصفور ، المرجع السابق ، ص٩٠ .

(١) ويأخذ بهذا التكييف الدكتور سعد عصفور ، المرجع السابق ، ص٩٤ ، والدكتور محسن خليل ، المرجع السابق ، ص٥٧٠ فيقول ، انقوة العرف المعدل تعادل قوة النصوص الدستورية ذاتها والا استحال على هذا العرف ان ينتج اثره القانوني ازاء الدستور . إذ لو اعطينا العرف المعدل قوة القوانين العادية فإنه لن يستطيع بداهة ان يعدل النصوص الدستورية لانه لا يمكن للقاعدة القانونية الأدنى ان تعدل قاعدة قانونية اعلى منها .

(٢) ويقول الدكتور محسن خليل في هذا الخصوص « ولا أدل على ذلك ما اثبته الواقع العملي في لبنان فلقد نصت المادة ٥٣ من الدستور اللبناني بأن رئيس الجمهورية يعين الوزراء ويسمى منهم رئيساً ومن مقتضى هذا النص ، ان تعيين الوزراء يسبق تعيين رئيس الوزراء ما دام ان هذا الأخير على حد نص المادة السابقة ـ يختار من بين الوزراء » .

« على أن العرف الدستوري قد جرى على اختيار وتعيين رئيس الوزراء أولا ، ثم يأتي بعد ذلك تعيين الوزراء الذي يتم بناء على اقتراح الأول » .

راجع الدكتور محسن خليل ، المرجع السابق ، ص٥٦٩ .

(٣) انظر في عرض هذا الرأي الدكتور سعد عصفور ، المرجع السابق ، ص٩٣ ، الدكتور محسن خليل ،المرجع السابق ، ص٧٥٠ ، والدكتور محمد كامل ليله ، المرجع السابق ، ص٤٥ .

يتنافى مع كون الدستور جامداً، ومع وجوب اشتراط إجراءات خاصة لتعديله، وجعل سلطة تعديل النصوص الدستورية من اختصاص السلطة التأسيسية المنشأة وحدها وسلب ولاية المشرع العادي في هذا الخصوص[1].

وعلى هذا النحو انتهى هذا الفقه إلى أن العرف المعدل يكون له قوة القانون العادي، فلا يمكن ان تصل قوته الى قوة القواعد الدستورية[2].

الاتجاه الثاني: عدم مشروعية العرف المعدل

يذهب غالبية الفقه الدستوري الى عدم مشروعية العرف الدستوري المعدل لعدم تمشيه مع السند القانوني الذي يرده إليه أصحاب الاتجاه الأول، الا وهو الارادة المفترضة للمشرع، فالعرف المعدل إذ ينصرف أثره الى انشاء قواعد تتعارض مع ما اورده المشرع من أحكام[3] يتعارض مع فكرة الدستور المكتوب وخاصة النوع الجامد، حيث ينص هذا الدستور على طريقة معينة وأوضاع خاصة لتعديله وسلطة محددة يناط بها أمر هذا التعديل. على هذا النحو يتضمن القول بإنشاء عرف معدل لأحكام الدستور انتهاكاً للنصوص الدستورية وخاصة تلك المتعلقة بالتعديل، ويمثل في ذات الوقت خرقاً للحصانة التي قصدها المشرع الدستوري للدساتير الجامدة[4]، وإعلاء لإرادة السلطات الحاكمة على إرادة الشعب التي قننت إرادتها في الدستور بعدم جواز تعديله إلا بإجراءات وشروط خاصة[5].

كما لم يسلم أصحاب هذا الإتجاه بما تذرع بها القائلون بإمكان قيام عرف

(١) الدكتور سعد عصفور، المرجع السابق، ص٩٤.
(٢) من انصار هذا الاتجاه الدكتور طعيمة الجرف انظر مؤلفه السالف الذكر ص١١٧.
(٣) راجع في عرض هذا الاتجاه الدكتور سعد عصفور، المرجع السابق، ص٩٠.
(٤) راجع في ذلك الدكتور عبد الفتاح ساير داير، المرجع السابق، ص٢٥٥.
(٥) Bernard Chantebout, op. cit, P. 29

معدل لأحكام الدستور، من أن العرف ما هو إلا تعبير عن إرادة الأمة صاحبة السيادة وهي بهذه الصفة تكون صاحبة السلطة التأسيسية فتستطيع أن تضع قواعد عرفية تعدل بها النصوص الدستورية، ورأى هذا الفقه من ناحية أولى أن العرف الدستوري هو تصرف صادر عن هيئة حاكمة وليس صادرا عن الأمة. ومن ناحية ثانية إذا كانت الأمة هي صاحبة السيادة فإنها لا تباشر هذه السيادة في ظل الديمقراطية النيابية إلا بكيفية خاصة وعن طريق الهيئات التي نص عليها الدستور.

كما استند هذا الفقه فضلاً عن ذلك إلى أن العرف في انجلترا - وهي ذات دستور عرفي مرن - لا يستطيع أن يعدل أو يلغي إلا قاعدة عرفية دون القانون الصادر من البرلمان[1].

الاتجاه الثالث: وجوب التفرقة بين العرف الدستوري المعدل بالاضافة والعرف الدستوري المعدل بالحذف

يرى انصار هذا الاتجاه[2] - الذي نؤيده - وجوب التفرقة بين العرف المعدل بالاضافة وبين العرف المعدل بالحذف.

فبالنسبة للعرف المعدل بالاضافة: فهو مشروع بل موجود وقائم فعلا، ولا يمكن إنكاره بسهولة، إذ أصبح وجود هذا العرف حقيقة واقعة في الكثير من الأنظمة الدستورية[3].

---

(١) راجع عرض هذه الآراء

الدكتور عبد الفتاح ساير داير، المرجع السابق، ص٢٥٥، وراجع في هذا الخصوص بالتفصيل. الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص٧٨ وما بعدها.

(٢) ويمثل هذا الاتجاه، الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص٧٨، الدكتور طعيمه الجرف، المرجع السابق، ص١١٦، الدكتور محمد كامل ليله، المرجع السابق، ص٤٧، والدكتور رمزي طه الشاعر، المرجع السابق، ص١٥٩، حتى ص١٦٣.

(٣) الدكتور محمد كامل ليله، المرجع السابق، ص٤٦، والدكتور رمزي طه الشاعر، المرجع السابق، ص١٥٩.

ويكون للعرف المعدل بالإضافة - في نظر هذا الفقه - قوة النصوص الدستورية ذاتها. وذلك حتى يكون له أثره المنتج في تعديل النصوص الدستورية[1]! إذ لو اعتبرناه في مرتبة أقل من ذلك (أي في مرتبة القانون العادي) فلا يمكن أن يكون له بداهة ولا منطقاً أثر في تعديل النصوص الدستورية[2] لما هو مستقر من أنه لا يجوز لقاعدة أدنى أن تعدل قاعدة أعلى منها مرتبة. أما بالنسبة للعرف المعدل بالحذف فيرى دعاة هذا الاتجاه عدم مشروعيته بل وعدم التسليم بوجوده[3]، ونحن نرى أنه حتى على فرض وجوده من الناحية النظرية فلا يمكن التسليم له بأية قيمة قانونية فهو لا يستطيع أن يلغي نصاً دستورياً مهما طال أمد عدم استعمال هذا النص، ونتفق مع غالبية الفقه في أن عدم استعمال حق من الحقوق المقررة في الدستور لصالح هيئة من

---

(١) الدكتور، محمد كامل ليله، المرجع السابق، ص٤٧، الدكتور رمزي طه الشاعر، المرجع السابق، ص١٦٢، الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص٧٧.

واذا كان الدكتور ثروت بدوي يقر بشروعية العرف المعدل بالاضافة، ويعطيه القوة القانونية التي يتمتع بها النصوص الدستورية مثله في ذلك مثل العرف المكمل حيث لا يتضمن هذا العرف مخالفة لنصوص الدستور وان كان يضيف إليها احكاماً جديدة، الا أنه ينتهي الى عدم الاعتراف بالتقسيم الذي يقول به الفقه (العرف المعدل بالإضافة - والعرف المعدل بالحذف -) فلا يدرج ما يسميه الفقه بالعرف المعدل بالاضافة تحت العرف المعدل ولكنه يعده من قبيل العرف المكمل. راجع مؤلفه سالف الذكر ص٧٧.

(٢) ويقول انصار هذا الرأي أنه ليس من السهل فهم موقف الكتاب الذين يسلمون بوجود العرف المعدل ومع ذلك ينكرون عليه قوة النصوص الدستورية، ولا شك انه موقف متناقض لان التسليم بأمر ما يقتضي بالضرورة التسليم بما يترتب عليه من آثار منطقية » الدكتور محمد كامل ليله، المرجع السابق، ص٤٧ وما بعدها.

(٣) الدكتور عبد الحميد متولي: المفصل في القانون الدستوري ١٩٥٤ ص١٩٩، الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص٧٨، الدكتور محمد كامل ليله المرجع السابق، ص٤٨، الدكتور رمزي طه الشاعر، المرجع السابق، ص١٦١، الدكتور طعيمة الجرف المرجع السابق، ص١١٧ والدكتور عبد الفتاح حسن، المرجع السابق، ص٥١.

انظر أيضاً من أنصار هذا الرأي:

Pierre Pactet: Institutions politiques, droit constitutionnel 1978, P. 30.

Bernard Chantebout, op. cit, P. 31.

الهيئات العامة يعد مخالفة صريحة لنصوص الدستور ، وبالتالي لا يمكن الاعتراف به في ظل دستور جامد يتطلب إجراءات خاصة لتعديله وإلا فقد هذا الدستور قدسيته وحصانته.

وتبعاً لذلك فإن عدم ممارسة إحدى الهيئات العامة في الدولة لاختصاص من اختصاصاتها المخولة لها بمقتضى نص في الدستور لا يترتب عليه نشوء عرف ملزم مقتضاه إلغاء النص المكتوب الذي يقر لها بالاختصاص ، مهما طالت المدة التي امتنعت فيها هذه الهيئة عن ممارسة ذلك الاختصاص.

ففي المثال الذي أوردناه للدلالة على ما أطلق عليه بالعرف « المعدل بالحذف » ، وهو الخاص بعدم استخدام رئيس الجمهورية في فرنسا لحقه في حل مجلس النواب المقرر له تبعاً لدستور ١٨٧٥ ، نجد أنه ليس صحيحاً أن حق الحل قد ألغي في فرنسا بناء على عرف دستوري مقتضاه عدم استخدام هذا الحق من جانب الرئيس. فهذا الحق قد تقرر بمقتضى نصوص الدستور سالف الذكر ، ولم يتم إلغاؤه من الناحية القانونية على الإطلاق[١]. وإذا كان هذا الحق لم يتم استخدامه إلا مرة واحدة عام ١٨٧٧ ، ثم أحجم رؤساء الجمهورية بعد ذلك عن استخدامه ، فقد كان مرجع ذلك اعتبارات سياسية بحتة. إذ أسفرت التجربة التي استخدم فيها ذلك الحق عن نتائج غير مرضية بالنسبة لرئيس الجمهورية في ذلك الوقت وهو الرئيس ماكماهون. مما أدى إلى التخوف من استخدام ذلك الحق ، ولكن التخوف من استعمال الحق لا ينفي وجوده من الناحية القانونية بأي حال من الأحوال[٢].

---

(١) ويقول Pierre Pactet في هذا الخصوص

«Sous la troisième république le droit de dissolution n'ait plus été utilisé aprés 1877,ne l'a nullement fait tombe en désuètude et il aurait pu être mis en œuvre a tout moument»

Pierre Pactet, op. cit, P. 30

(٢) انظر في ذلك الدكتور محمد كامل ليله ، المرجع السابق ص٤٨ والدكتور رمزي طه الشاعر المرجع السابق ، ص١٦٢ .

على هذا النحو كان سبب عدم استخدام حق الحل في المثال المشار إليه اعتبارات وظروف سياسية بحتة لا اعتبارات قانونية ، وإن عدم استعمال الحق لم يؤد قط إلى إلغائه . وإن نتج عنه صعوبات من الناحية العملية ، ومن ثم فلا يكون هنا على حد قول Burdeau من عقبة قانونية من شأنها أن تحول دون استخدام هذا الحق[1] .

وفي تنكر الفقه الفرنسي للعرف المعدل بالحذف وبصفة خاصة بالنسبة للمثال المشار إليه يذهب الاستاذ M. Hauriou[2] إلى اعتبار ذلك نوعاً من عدم الاستعمال فحسب ، وأنه لم ينشأ في هذا الخصوص أي عرف معدل على الإطلاق ، فحق الحل حق أساسي في الأنظمة البرلمانية ، ولا يمكن للعرف أياً كانت قيمته وقوته أن يصل إلى حد إلغاء هذا الحق أو إلغاء النص الذي تضمنه ، فحق الحل يمكن إحياءه واستعماله من جديد ، والنص يمكن أن يلفظ سباته ليستيقظ من جديد . Le texte en sommeil peut se reveiller ، ويذهب الاستاذ Pierre Pactet[3] إلى أن الحق هنا لم يسقط بالتقادم ، بل كان يمكن إعماله أو إحياءه في كل لحظة Peut être mis en Oeuvre à tout moment ، يراد فيها استخدام هذا الحق.

على هذا النحو لا نرى التسليم بمشروعية العرف الدستوري المعدل بالحذف ،

(١) C'est pourquoi lorsque se posait la remise en usage de la dissolution pratiquement inutilisée depuis 1877, la majeure partie de la doctrine se prononçait en faveur de sa possbilité juridique, si donc une tradition se forme contre une loi on doit y voir une ensemble de criconstances historiques et politiques consécutifs à une situation de fait mais non une situation de droit»

Georges Burdeau: Droit constitutionnel et institutions politiques, 1968, P. 60.

(٢) M. Hauriou. Précis de droit constitutionnel, 1929, P. 261

(٣) Pierre Pactet, op. cit, P. 30

ونرى أن عدم استعمال هيئة من هيئات الدولة لحق من حقوقها المخولة لها بمقتضى نصوص صريحة في الدستور ، ليس من شأنه أن يسقط ذلك الحق أو يلغي ذلك النص الدستوري الصريح ، والتسليم بغير ذلك معناه إغفال للحصانة المقررة للدساتير الجامدة . وهي وجوب اتباع إجراءات معينة لتعديلها ، حتى تتحقق ميزة الاستقرار والثبات لهذا النوع من الدساتير.

ولا يصح القول في هذا الخصوص - من جانب القائلين بإمكانية قيام العرف المعدل بالحذف - أن العرف ما هو إلا تعبير عن إرادة الأمة صاحبة السيادة ، وبالتالي يكون بمقدورها - باعتبارها صاحبة السلطة التأسيسية - أن تنشيء قواعد عرفية تعدل بمقتضاها بعض النصوص الدستورية . لا يجوز القول بمثل ذلك - حتى مع التسليم بأن العرف يعبر عن إرادة الأمة - لأن إرادة الأمة قد ظهرت صريحة جلية حين وضعت الدستور فأوجبت اتباع إجراءات خاصة في تعديله ، ومن ثم يترتب على إغفالها مخالفة واضحة لإرادة الأمة وسيادتها[1] . فمبدأ جمود الدستور يعبر كذلك عن إرادة الأمة التي وضعت الدستور ذاته .

هذا فضلا - كما يقول الدكتور ثروت بدوي - على « إن عدم استعمال احدى الهيئات العامة لحق من حقوقها المنصوص عليها في الدستور لا يمكن ان يعد تعبيراً عن ارادة الأمة ، فهو ليس الا عملا سلبياً صادراً من احدى الهيئات الحاكمة ، أي من احدى السلطات المنشأة في الدولة ، ولا يمكن بالتالي ان يرتفع الى مرتبة الدستور الذي وضعته السلطة التأسيسية الاصلية . فالهيئات الحاكمة المختلفة - تشريعية - تنفيذية - قضائية - سلطات منشأة ، أنشأتها السلطة التأسيسيةالأصلية ،ولا يمكن للمخلوق ان يخالف ارادة الخالق ، وبالتالي لا يمكن لاحدى السلطات الحاكمة ان تخالف الدستور او ان تعدل في نصوصه او تمتنع

(١) الدكتور عبد الحميد متولي : الفصل في القانون الدستوري ١٩٥٢ ، ص١٩٦ . والدكتور ثروت بدوي ، المرجع السابق ، ص٧٨ .

عن استخدام حق من حقوقها المقررة فيه، ولا يمكن ان يعد اطراد احدى الهيئات الحاكمة على عدم استعمال سلطة من سلطاتها الدستورية منشئاً لقاعدة دستورية ملزمة »[١].

وعلى هذا النحو نستطيع القول مع الاتجاه السائد اليوم في الفقه الفرنسي والمصري أن العرف الدستوري لا يستطيع أن يلغي نصا دستورياً مكتوباً. فهذا النص لا يفقد على الإطلاق قيمته القانونية مهما طالت فترة عدم تطبيقه[٢].

العرف المناقض

يضيف أنصار الإتجاه الثالث ـ الذي يقر بوجود العرف المعدل بالإضافة ولا يقر بوجود العرف المعدل بالحذف ـ أنه يوجد نوع ثالث من العرف المعدل يتضمن مخالفة إيجابية وصريحة لنصوص الدستور ويسمى بالعرف المناقض، ومثال ذلك أن ينص الدستور مثلاً على أن يكون الانتخاب مباشراً أي على درجة واحدة، ثم ينشأ عرف مقتضاه جعل الانتخاب غير مباشر أي على درجتين، أو أن ينص الدستور مثلاً على نظام الاقتراع العام وينشأ عرف مقتضاه جعل الاقتراع اقتراعاً مقيداً بأن يشترط في الناخب أن يكون على قدر من التعليم أو الثروة، ويرى هذا الفقه أن هذا العرف المناقض يكون غير مشروع لأنه يخالف حكماً صريحاً من أحكام الدستور ويتضمن تعديله بطريقة إيجابية، فهذا العرف يلحق بالعرف المعدل بالحذف في أن كليهما غير مشروع لمخالفة كل منهما لنصوص وأحكام الدستور وإن تباينت صور هذه المخالفة، إذ تكون المخالفة إيجابية في حالة العرف المناقض وتكون المخالفة سلبية في حالة العرف المعدل بالحذف.

---

(١) الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق ص٧٩.

(٢) La coutume ne peut jamais modifier ou abroger une disposition constitutionnelle écrite et précise, cette dérnière ne perd jamais sa valeur =

مزايا الدساتير المدونة أو المكتوبة

انتصر البعض للدساتير المدونة أو المكتوبة وفضلوا اياها على الدساتير العرفية للاسباب الآتية:

١ - إن الدساتير المدونة أو المكتوبة تفوق الدساتير العرفية لما تتسم به الدساتير الأولى من ميزة الثبات والوضوح(١)، ولا شك أن ثبوت النصوص ووضوحها لا يجعل أحكام الدستور عرضة للتلاعب بشأن تفسيرها، وذلك بعكس الحال في الدساتير العرفية، إذ كثيراً ما يتطرق الشك والابهام بشأن تفسير قواعدها، الأمر الذي يعطي للحكام فرصة التهرب من أحكامها(٢) والتحايل عليها.

٢ - إن تدوين الدستور يغدو ضماناً قوياً لحماية حقوق الافراد وحرياتهم من استبداد الحكام. كما يساعد كل سلطة من سلطات الدولة على معرفة حدود حقوقها وواجباتها ازاء السلطات الاخرى(٣).

٣ - إن الدستور المكتوب يؤدي الى تربية الامة من الناحية السياسية، ويساعد على رفع وعيها الوطني، وذلك بما يتضمنه من مبادىء واحكام مسطورة محددة تسهل على الشعب معرفة حقوقه والتمسك بها ومحاسبة الحكام

= juridique quand bien même elle cesserait d'être appliquée pendant une très longue période.

Pierre Pactet, op. cit, P. 30

(١) Marcel Prelot, op. cit, P. 208

(٢) الدكتور فؤاد العطار المرجع السابق ص٢٢٤ والدكتور طعيمة الجرف، المرجع السابق، ص٩٨.

Marcel Prélot, op. cit, P. 208.

وانظر أيضاً: الدكتور ثروت بدوي المرجع السابق ص٩٠، والدكتور السيد صبري المرجع السابق، ص٢٢٢.

(٣) الدكتور فؤاد العطار المرجع السابق، ص٢٢٤، الدكتور ثروت بدوي المرجع السابق ص٩٢ والدكتور محمد كامل ليله، المرجع السابق، ص٧٩.

على مخالفتها ، الأمر الذي يؤدي الى زيادة قدسية الدستور واحترامه[1] .

٤ ـ كما أن الدستور المكتوب أو المدون يكون لازماً لبعض الدول وبخاصة تلك التي تقوم في شكل مركزي او فيدرالي ، اذ يلزم تدوين القواعد الخاصة بتوزيع الاختصاص بين سلطات الدولة الاتحادية من جانب وبين سلطات الولايات أو الدويلات من جانب آخر ، وذلك حتى لا يكون الامر محل النزاع وصراع حول توزيع الاختصاص بين حكومة الاتحاد وحكومات الدويلات أو الولايات ، وحتى لا تطغى او تستبد الحكومة الاولى بالحكومات الأخيرة[2] ، وإذا كانت الدساتير العرفية لم تعدم انصارها لما تتسم به من سهولة التطور ومسايرة الحياة المتغيرة والظروف المتجددة في الدولة ، وذلك بعكس الدساتير المكتوبة التي تحتاج إلى تعديل مستمر ، فقد سبق أن قلنا إن تقسيم الدساتير إلى مدونة وأخرى عرفية قد تضاءلت أهميتها في الوقت الراهن ، حيث التجأت الدول إلى تدوين دساتيرها ، وبصفة خاصة بعد أن احتل التشريع المرتبة الأولى من مصادر القانون .

أياً كان الأمر فإنه يمكن القول بصفة عامة أن الدساتير المدونة تكون أفضل من الدساتير العرفية بالنسبة للدول التي تتسم بالتقلب وتجنح إلى التغيير والتبديل في نظمها السياسية من حين لآخر[3] ، وذلك بعكس الدول المحافظة كانجلترا حيث دلت التجربة أن الدستور العرفي يتفق مع مزاج شعبه . وقد حرصت الحكومة الانجليزية أشد الحرص على احترام هذا الدستور وقدسيته

---

(١) Georges Burdeau, op. cit, P. 57.
Bernard Chantebout, op. cit, P. 27
والدكتور محمد كامل ليله المرجع السابق، ص٧٩ والدكتور عثمان خليل المرجع السابق ص٢٥ .

(٢) الدكتور عثمان خليل ، المرجع السابق، ص٢٥ .

(٣) الدكتور محمد كامل ليله ، المرجع السابق، ص٨٠ ، الدكتور عثمان خليل ، المرجع السابق، ص٢٥ .

على الرغم من كونه دستوراً عرفياً غير مدون. هذا فضلاً عن أن الدستور المكتوب يكون لازماً للدول الحديثة العهد بالنظم السياسية، أو الدول الحديثة النشأة، إذ تعمل هذه الدول جاهدة على تقنين الأصول الدستورية الجديدة وترفض بإصرار الإعتماد على المبادىء القديمة الموروثة[1].

(١) الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص٩١.

المبحث الثاني

الدساتير المرنة والدساتير الجامدة

Constitutions rigides et constitutions souples[١]

الدستور المرن Constitution souple

يقصد بالدستور المرن الدستور الذي يمكن تعديله بذات الطريقة التي تعدل بها القوانين العادية[٢]، بمعنى أن تنقيحه أو تعديله لا يستوجب اتباع

---

(١) انظر في هذا الخصوص Pierre Henry Fabre, op. cit, P. 156

Pierre Pactet, op. cit, P. 37, Julien laferriere op. cit, P. 282

Bernard Chantebout, op. cit, P. 35

Benoit Jeanneau, op. cit, P. 45: Jacques Cadart op. cit, P. 145.

Georges Burdeau op. cit, P. 75

وراجع ايضاً في تعريف الدستور المرن والدستور الجامد

الدكتور عثمان خليل، المرجع السابق، ص٢٦ وما بعدها، الدكتور عبد الفتاح حسن، المرجع السابق، ص٣٧ وما بعدها

الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص١٠١، الدكتور محسن خليل، المرجع السابق، ص٥٧١، الدكتور فؤاد العطار المرجع السابق، ص ٢٢٥.

المرجع السابق، ص٢٢٥، الدكتور سعد عصفور، المرجع السابق، ص١٩٠، الدكتور عبد القادر الجمال، المرجع السابق، ص٣١، الدكتور محمد كامل ليله المرجع السابق، ص٨٠، والدكتور عبد الحميد متولي، المفصل في القانون الدستوري ١٩٥٢، ص١٣٥.

(٢) الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص٢٦، الدكتور محمد كامل ليله المرجع السابق، ص٨٠ وانظر أيضاً

Michel Henry Fabre, op. cit, P. 156

Georges Vedel: cours de droit constitutionnel et institutions pobliques, 1969, P. 67

ويقول جورج فيدل في تعريف الدستور المرن

La constitution souple est celle qui peut être modifiée par les procédures valables pour une loi ordinaire

ويقول جورج بيردو في تعريف الدستور المرن:

اجراءات خاصة(١).

وتبعاً لذلك يناط أمر تعديل الدستور المرن الى تلك السلطة التي تقوم بوضع القوانين العادية(٢)، ويترتب على صفة المرونة في الدساتير بطبيعة الحال اختفاء التفرقة الشكلية بين النصوص الدستورية والقوانين العادية.

ولا شك ان اكثر الدساتير مرونة هي الدساتير العرفية، فهي كما تنشأ بالعرف فإنها تعدل بذات الطريقة، أي باقرار قواعد عرفية جديدة تحل محل القواعد العرفية القديمة(٣). كما أن المشرع إذا أراد تعديلها فإنه يستطيع ذلك، ويتبع في شأنها ذات الإجراءات التشريعية المعتادة، فالبرلمان الانجليزي - وانجلترا دستورها عرفي مرن - يستطيع أن يعدل في القواعد الدستورية سواء كانت هذه القواعد مستمدة من العرف أو كانت مدونة في وثائق مكتوبة بنفس

= «Il y a constitution souple lorsque aucune forme spéciale n'est prévue pour sa révision»
Georges Burdeau, op. cit, P.75.

ويعرف برنارد شانتيو الدستور المرن قائلاً:

«La constitution est dite Souple, lorsque la révision n'est soumise à aucune procédure particulière et s'opére selon les modalités prévues pour l'adoption des lois ordinaires».
Bernard Chantebout, op. cit, P. 35

(١) الدكتور سعد عصفور المرجع السابق، ص١٩٠

(٢) Georges Burdeau, op. cit, P. 75
Pierre Pactet, op. cit, P. 37
والدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص١٠١، الدكتور عبد الفتاح حسن، المرجع السابق، ص٣٧. الدكتور عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والانظمة السياسية ١٩٦٦، ص٨٦.

(٣) الدكتور عثمان خليل، المرجع السابق، ص٢٦، الدكتور محمد كامل ليله المرجع السابق، ص٨٠

الطريقة وبذات الإجراءات[١] التي يلتزمها في وضع التشريعات العادية[٢]. فالبرلمان على حد القول الشائع في الفقه البريطاني يستطيع أن يفعل كل شيء عدا أن يجعل من الرجل إمرأة[٣].

وصفة المرونة وإن تعلقت بتعديل الدساتير، فهي لا تقتصر على الدساتير العرفية على النحو السابق فحسب[٤]، وإنما تمتد لتشمل الدساتير المدونة أو

---

(١) Pierre Henry Fabre, op. cit, P. 156 Julien Laferriere op. cit, P. 282
والدكتور طعيمة الجرف، المرجع السابق، ص١٣٠، والدكتور عثمان خليل، المرجع السابق ص٢٦.

(٢) الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص١٠١ حيث يشير الى قول أحد الكتاب الانجليز «ليس ثمة ما يمنع قانوناً البرلمان البريطاني إذا شاء بين يوم وليله ان يلغي العهد الاعظم (الماجناكارتا) او وثيقة الحقوق، بل أنه يستطيع ان يلغي نفسه ويفوض الحكم الى عصبة الامم، وذلك باتباع نفس الاجراءات التي يتبعها في حالة تعديل قانون تشكيل المجلس البلدي لمدينة لندن»

راجع مؤلفه سالف الذكر ص١٠١ وانظر ايضاً في ذات المعنى الدكتور طعيمة الجرف المرجع السابق ص١٣١ والدكتور عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والانظمة السياسية ١٩٦٦ ص٨٧

(٣) «En Grande Bretagne,Le Parlement est souverain et comme disent les auteurs britanniques, il peut tout faire, sauf changer un homme en femme
Julien Laferriere op. cit, P. 282.
وانظر في ذلك أيضاً Michel Henry Fabre, op. cit, P. 156
وانظر أيضاً في سلطة البرلمان الانجليزي في شأن تعديل والغاء القواعد الدستورية عرفية كانت ام مكتوبة
Bernard Chantebout, op. cit; P. 35.

(٤) وإذا كانت الدساتير العرفية تتسم غالبيتها بالمرونة الا انه يلاحظ كما سنرى إمكان تحقق صفة الجمود فيها ومثال ذلك القوانين الأساسية التي كانت توجد بفرنسا قبل الثورة إذا استقرت عدة قواعد في الشؤون الدستورية حتى أصبحت عرفاً ملزماً وسميت بالقوانين الأساسية للملكة، ولم يكن من الممكن تعديلها بالطريقة التشريعية العادية، اذ كان لهذه القوانين صفة الجمود على الرغم من طبيعتها العرفية فكان يلزم لتعديلها اتفاق الملك ـ وهو =

المكتوبة، وبمعنى آخر فقد تكون الدساتير المدونة أو المكتوبة دساتير مرنة[١] - إذ لا يوجد تلازم حتمي بين تدوين الدساتير وجمودها - وفي هذه الحالة تختفي - كما سبق وذكرنا - كل تفرقة من الناحية الشكلية بين النصوص الدستورية وبين القوانين العادية[٢]، وإن ظلت هذه التفرقة قائمة من الناحية الموضوعية لاختلاف الموضوعات والمسائل التي يعالجها كل منهما[٣]، وعلى هذا النحو يتم تعديل هذه الدساتير بذات الإجراءات وعن طريق ذات السلطة التي تضع القوانين العادية وهي السلطة التشريعية.

ومن أمثلة الدساتير المرنة المدونة أو المكتوبة الدستور الفرنسي الصادر عام ١٨١٤، والدستور الفرنسي الصادر عام ١٨٣٠، والدستور السوفياتي الصادر عام ١٩١٨، ودستور ايرلندا الحرة الصادر عام ١٩٢٢، وكذلك الدستور الإيطالي الصادر عام ١٨٤٨[٤].

= السلطة التشريعية - مع مجالس الطبقات أو الهيئات العمومية، أي يلزم اتباع اجراءات خاصة غير تلك التي تتبع في وضع التشريعات العادية.

راجع الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص١٠٢ والدكتور يحيى الجمل، المرجع السابق، ص٦٦، وراجع تعليق الدكتور عثمان خليل على هذا الرأي اذ يربط بين صفة الجمود وكون الدستور مدوناً أو مكتوباً مؤلفه سالف الذكر، ص٢٧.

وانظر أيضاً Michel Henry Fabre, op. cit, P. 157.

Pierre Pactet, op. cit, P. 37.

Georges Burdeau, op. Cit, P.75 et suiv.

(١) Michel Henry Fabre, op. cit, P. 156

(٢) Pierre Pactet, op. cit, P. 37.

(٣) الدكتور محمد كامل ليله المرجع السابق، ص٨١، الدكتور عبد الفتاح حسن المرجع السابق، ص٣٧، الدكتور عثمان خليل، المرجع السابق، ص٢٧، والدكتور سعد عصفور، المرجع السابق، ص١٩٠.

(٤) وقد أمكن لأصحاب الحركة الفاشية في ايطاليا عام ١٩٣٨ تعديل هذا الدستور بقوانين عادية دون حاجة لالغائه. انظر في ذلك الدكتور طعمة الجرف، المرجع السابق، ص ١٣١، الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق ص١٠٢.

المناط إذن في كون الدستور مرناً أو غير مرن هو الطريقة والإجراءات التي تتبع في شأن تعديله، فإذا تشابهت هذه الطريقة وتلك الإجراءات مع طريقة وإجراءات وضع القانون العادي كنا بصدد ما يسمى بالدستور المرن، وذلك بغض النظر عن الطريقة والإجراءات التي تم بها وضع الدستور[١]، أي يستوي أن يكون قد تم وضعه عن طريق هيئة خاصة غير الهيئة التشريعية العادية وبإجراءات مختلفة عن إجراءات وضع القانون العادي، أو أن يكون قد تم وضعه عن طريق الهيئة التشريعية وبذات الإجراءات التي تعد بها القوانين العادية[٢].

وقد قيل أن لمرونة الدساتير ميزة غاية في الأهمية. الا وهي سهولة تعديلها لتساير روح العصر ومجاراة تطور الزمن والحياة الاجتماعية[٣]. وقد رأى انصار الدساتير المرنة بأن المرونة التي تتمتع بها هذه الدساتير ليس معناه على الاطلاق زعزعة هذه الدساتير وعدم استقرارها، فسهولة تعديلها عن طريق القوانين العادية لم يحل دون استقرارها الاستقرار المطلوب، شأنها في ذلك شأن القوانين العادية تماماً.

الدستور الجامد Constitution rigide

يقصد بالدستور الجامد ذلك الدستور الذي لا يمكن تعديله الا باجراءات خاصة تختلف عن تلك التي تتبع في شأن تعديل القوانين العادية[٤].

---

(١) الدكتور عبد الفتاح حسن: المرجع السابق ص ٣٧ والدكتور يحيى الجمل المرجع السابق ص ٦٦

(٢) ومثال ذلك ما حدث بالنسبة للدستور الفرنسي الصادر عام ١٨٣٠

(٣) الدكتور يحيى الجمل، المرجع السابق، ص٦٥، الدكتور محمد كامل ليله، المرجع السابق، ص٨٩.

(٤) Michel Henry Fabre, op. cit, P. 157. =

أو هو الدستور الذي لا يجوز تعديله إلا بإجراءات أقسى وأشد من تلك التي تتبع في شأن تعديل التشريعات العادية[1]، وهذه الإجراءات يكون منصوصاً عليها في الدستور ذاته[2].

ومتى اتصف الدستور بصفة الجمود فإن هذه الصفة تسري على جميع النصوص الواردة في صلب الوثيقة الدستورية[3] حتى على ما كان منها متضمناً لقواعد غير دستورية بطبيعتها أو في جوهرها[4]. ولكن هذه الصفة لا تمتد إلى

= Pierre Pactet, op. cit, P. 37, Bernard Chantebout, op. cit, P. 37.

وانظر ايضاً الدكتور عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والانظمة السياسية ١٩٦٦، ص٨٧، والدكتور يحيى الجمل، المرجع السابق، ص٦٦، والدكتور محسن خليل، المرجع السابق، ٥٧٣.

(١) «La constitution rigide est celle qui ne peut être revisée que par des procedures plus solennelles et plus difficiles que celle qui sont utilises pour la modification d'une loi ordinaire».

Georges Vedel, op. cit, P. 67.

وانظر فضلا عن ذلك في تعريف الدساتير الجامدة: Marcel Prelot, op. cit, P. 230

Julien Laferriere op. cit, P. 283

Georges Burdeau, op. cit, P. 75.

Jacques Cadart op. cit, P. 145.

(٢) وينبه الدكتور عبد الحميد متولي في هذا الخصوص الى انه لا يقصد بصفة الجمود في الدستور انه أبدى لا يجوز تعديله وأنما يقصد بذلك فحسب صعوبة تعديله، أي اشتراط اجراءات وشروط في أمر تعديله أكثر شدة وصعوبة مما يشترط في تعديل القوانين العادية راجع مؤلفه، القانون الدستوري والانظمة السياسية ١٩٦٦ ص٨٧

(٣) الدكتور عبد الفتاح حسن، المرجع السابق ص٣٩.

(٤) ويشير الدكتور عبد الفتاح حسن ان صفة الجمود لا تقتصر فقط على النصوص التي وردت في طلب الوثيقة الدستورية حتى على ما كان منها غير دستوري بطبيعته وانما تمتد صفة الجمود لتشمل القوانين التي يحيل اليها الدستور متى وصفها الدستور بأنها قوانين دستورية (ومثال ذلك القانون الدستوري رقم ٤ لسنة ١٩٦٤ في شأن الأحكام الخاصة بتوارث الأمارة الذي احالت اليه المادة الرابعة من الدستور الكويتي والتي وصفته بأنه قانون دستوري) راجع مؤلفه سالف الذكر ص٣٩.

القواعد التي تتضمنها القوانين العادية والتي تعتبر دستورية من حيث طبيعتها أو في جوهرها، فهذه القواعد يجوز تعديلها بقوانين عادية.

والهدف من جمود الدساتير هو رغبة واضعيها في كفالة نوع من الثبات والاستقرار لاحكام الدساتير، وذلك عن طريق تطلب اجراءات اكثر شدة وتعقيداً عن الاجراءات المتبعة في تعديل القوانين العادية. ويلاحظ أنه كلما كانت رغبة واضعي الدساتير في تحقيق قدر اكبر من الثبات والاستقرار كلما بالغوا في هذه الاجراءات وجعلوها اكثر شدة واكثر تعقيداً[1]. على أية حال فإن مدى الجمود يتوقف على مقدار رغبة واضعي الدستور في ضمان ثبات النظام السياسي المطبق واستقراره.

ويترتب على جمود الدساتير أن يتحقق لها طابع السمو الشكلي، وبالتالي تمتعها بنوع من الحصانة إزاء السلطة التشريعية، فلا يكون من حق هذه الأخيرة الاعتداء عليها سواء بالتعديل أو بالإلغاء[2].

ومن أمثلة الدساتير الجامدة الدستور الفرنسي الصادر عام ١٨٧٥ حيث نص على ضرورة اجتماع مجلسي البرلمان بهيئة مؤتمر، ووجوب توافر أغلبية خاصة لإمكان تعديله. وكذلك الدستور الفرنسي المعمول به حالياً والصادر في ٤ أكتوبر عام ١٩٥٨ حيث نصت المادة ٨٩ منه على أن «حق اقتراح لتعديل يكون لكل من رئيس الجمهورية وأعضاء البرلمان بمجلسيه، ويلزم أن يعرض التعديل في الحالتين على البرلمان للنظر فيه، فإذا ما أقره لزم طرحه على الشعب لإجراء الاستفتاء والموافقة عليه، وعندئذ يصير نافذاً[3]. وفي حالة ما إذا أقر رئيس الجمهورية عرض مشروع التعديل على البرلمان منعقداً بهيئة مؤتمر، فإنه لا يعرض على الشعب وإنما يشترط في هذه الحالة وجوب موافقة ثلاثة أخماس أعضاء المؤتمر على الأقل.

(١) الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص١٠٣.
(٢) الدكتور طعيمة الجرف، المرجع السابق، ص١٣١
(٣) Michel Henry Fabre, op. cit, P. 157

ومن أمثلة الدساتير الجامدة أيضاً الدستور اللبناني الصادر عام ١٩٢٦[١] اذ تطلب لإمكان تنقيحه وتعديله اجراءات وشروطاً أكثر شدة وتعقيداً من تلك التي تتبع في تعديل القوانين العادية[٢].

وقد اتسم أيضاً الدستور الحالي لجمهورية مصر العربية الصادر عام ١٩٧١ بالجمود وذلك بتطلبه اجراءات خاصة بشأن تعديله تختلف عن تلك التي تتبع بشأن تعديل القوانين العادية . إذ نصت المادة ١٨٩ منه على أن لرئيس الجمهورية ومجلس الشعب طلب تعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور ، ويجب أن يذكر في طلب التعديل المواد المطلوب تعديلها والأسباب الداعية الى هذا التعديل،فاذا كان الطلب صادراً عن مجلس الشعب وجب ان يكون موقعاً من ثلث اعضاء المجلس علىالأقل ،وفي جميع الأحوال يناقش المجلس مبدأ التعديل ويصدر قراره في شأنه بأغلبية اعضائه فإذا رفض الطلب لا يجوز اعادة طلب

---

(١) راجع الدكتور محسن خليل، المرجع السابق، ص٥٨٩ ، وراجع لنا مذكرات في النظام الدستوري اللبناني ١٩٨٠ ، ص٨٠ .

(٢) نصت المادة ٧٦ (من الدستور اللبناني على أنه« يمكن اعادة النظر في الدستور بناء على اقتراح رئيس الجمهورية ، فتقدم الحكومة مشروع القانون الى مجلس النواب (معدله بالقانون الدستوري الصادر في ١٧ تشرين الأول ١٩٢٧).

كما نصت (المادة ٧٧) على أنه يمكن اعادة النظر في الدستور بناء على طلب مجلس النواب فيجري الأمر حينئذ على الوجه التالي :

يحق لمجلس النواب في خلال عقد عادي وبناء على اقتراح عشرة من اعضائه على الأقل ان يبدي اقتراحه باكثرية الثلثين من مجموع الاعضاء التي يتألف منها المجلس قانوناً باعادة النظر في الدستور ، على أن المواد والمسائل التي يتناولها الأقتراح يجب تحديدها وذكرها بصورة واضحة ، فيبلغ رئيس المجلس ذلك الأقتراح الى الحكومة طالباً إليها ان تضع مشروع التعديل وتطرحه على المجلس خلال اربعة اشهر ، واذا لم توافق فعليها ان تعيد القرار الى المجلس ليدرسه ثانية . فاذا اقره المجلس بأكثرية ثلاثة ارباع من مجموع الاعضاء الذين يتألف منهم المجلس قانوناً ، لرئيس الجمهورية حينئذ أما اجابة المجلس الى رغبته أو اصدار مرسوم بحله ، واجراء انتخابات جديدة في خلال ثلاثة اشهر ، فاذا اصر المجلس الجديد على وجوب التعديل وجب على الحكومة الانصياع وطرح مشروع التعديل في مدة اربعة اشهر .

تعديل المواد ذاتها قبل سنة من هذا الرفض، واذا وافق مجلس الشعب على مبدأ التعديل يناقش بعد شهر من تاريخ هذه الموافقة المواد المطلوب تعديلها، فإذا وافق على التعديل ثلثا اعضاء المجلس عرض على الشعب لاستفتائه فيه، فإذا وافق على التعديل اعتبر نافذاً من تاريخ اعلان الاستفتاء »[1].

وقد قيل بشأن الدساتير الجامدة وتفضيلها على الدساتير المرنة إن صفة الجمود من شأنها أن تعمل على إضفاء ميزة الثبات والاستقرار للدساتير، إذ أدت صفة المرونة في الدساتير إلى وضع الأخيرة تحت رحمة الأغلبيات الحزبية داخل البرلمان أو تأثير الأهواء السياسية والمنازعات الحزبية[2]. الأمر الذي أفقدها صفة الاستقرار والقدسية، لذلك كان من الأفضل أن يتبع بشأن تعديل الدستور إجراءات خاصة تكون أشد من الإجراءات التي تتبع في تعديل القوانين العادية، كما قيل أيضاً إن الدساتير الجامدة تتلاءم مع طبيعة المبادىء الدستورية ذاتها باعتبارها أعلى مرتبة من القوانين العادية، مما يستوجب عدم تساوي الدساتير مع القوانين العادية بشأن إجراءات التعديل[3].

ونظراً لما سبق من مزايا مالت اغلب الدول اليوم نحو الأخذ بأسلوب الدساتير الجامدة مفضلة إياه على أسلوب الدساتير المرنة، بل يمكن القول كما ذهب الى ذلك الكاتب الأنجليزي Gilchrist أن الدساتير الجامدة تنتشر اليوم على حساب الدساتير المرنة، فمنذ سنوات اختفت الدساتير المرنة لتحل

---

(١) وكذلك اتصفت جميع الدساتير المصرية السابقة عليه بالجمود اذ تطلبت اجراءات وشروطاً مختلفة عن تلك التي تتبع في شأن تعديل القوانين العادية.

سوف نشير اليها في موضوعها في الباب الثاني المخصص لدراسة التطور الدستوري المصري.

(٢) الدكتور محسن خليل، المرجع السابق، ص٥٧٣، والدكتور محمد كامل ليله، المرجع السابق ص٩٠.

(٣) الدكتور محسن خليل المرجع السابق ص٥٧٣، والدكتور محمد كامل ليله المرجع السابق، ص٩٠.

محلها دساتير جامدة[1]. وهذا القول فيما نعتقد على جانب كبير من الصحة، إذ لا يوجد اليوم دستور مرن ـ بجوار الدستور الانجليزي ـ غير الدستور الإسرائيلي الحالي.

العلاقة بين تقسيم الدساتير الى مدونة وغير مدونة وتقسيمها الى دساتير جامدة ومرنة..

ربط بعض الفقه بين تقسيم الدساتير إلى دساتير مدونة وعرفية، وبين تقسيمها إلى دساتير جامدة ومرنة، إذ ينظر هذا الفقه إلى هذين التقسيمين على اعتبارهما مترادفين. فيرى أن كل دستور مدون يكون جامداً[2]، وأن كل دستور غير مدون (أي عرفي) يكون مرناً.

والواقع أنه لا علاقة بين التقسيمين السابقين أي بين تقسيم الدساتير إلى مدونة وعرفية وتقسيمها إلى جامدة ومرنة، فليس بحتم أن يكون الدستور المدون دستوراً جامداً وإنما قد يكون مرناً، وذلك إذا ما آثر المشرع الدستوري

---

(١) اشار اليه الدكتور سعد عصفور المرجع السابق، ص١٩٣.

(٢) من هؤلاء الدكتور عثمان خليل حيث يقول «لذلك ترانا من رأى الاستاذ بارتلمي وجمهور الشراح وهو كون الدستور الجامد قبل كل شيء دستوراً مدوناً أو مكتوباً» راجع مؤلفه المبادىء الدستورية العامة ١٩٥٦ ص٢٧ هامش. وقد أشار أيضاً إلى أن «القواعد الدستورية العرفية هي بطبيعتها مرنة».

وعلى هذا النحو يربط استاذنا الجليل بين صفة المرونة والدساتير العرفية. وهو لا يسلم بما ذهب اليه الدكتور عبد الحميد متولي وغيره من الفقه من أن الدستور العرفي قد يكون جامداً. ويرى صعوبة الاستشهاد بالقوانين الاساسية للملكة الفرنسية قبل الثورة كمثال لدستور عرفي جامد.

راجع الدكتور عثمان خليل، المرجع السابق، ص٢٧.

(٣) Michel Henry Fabre, op. cit, P. 156

Georges Burdeau, op. cit, P. 75

وانظر ايضاً الدكتور سعد عصفور، المرجع السابق، ص١٩١، الدكتور عبد الفتاح حسن، المرجع السابق، ص٤١، والدكتور عبد الحميد متولي المفصل في القانون الدستوري ١٩٥٢ ص١٤٧.

اتباع ذات الإجراءات المتبعة في تعديل القوانين العادية بشأن تعديل الدستور ذاته[1].

ومن أمثلة الدساتير المدونة المرنة، كما سبق وأشرنا، الدستور الفرنسي الصادر عام ١٨١٤، والدستور الصادر عام ١٨٣٠[2]، وكذلك الدستور الإيطالي الصادر عام ١٨٤٨[3]، ودستور الاتحاد السوفياتي الصادر عام ١٩١٨، ودستور ايرلندا الحرة الصادر عام ١٨٢٢، والدستور الإسرائيلي المعمول به حالياً[4].

وليس بحتم أيضاً أن يكون الدستور غير المدون أو العرفي دستوراً مرناً، وإن كان هذا هو الغالب، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع أن يكون جامداً. ومن أمثلة ذلك «القوانين الأساسية التي كانت توجد بفرنسا قبل الثورة Les lois fondamentales de royaume. فهذه القوانين على الرغم من أنها كانت قواعد عرفية، إلا أنه لم يكن من الممكن تعديلها بذات الطريقة التي تعدل بها القوانين العادية أي عن طريق الملك وحده، إذ كان يشترط اتفاق الملك مع مجلس الطبقات أي الهيئات العمومية Etats Generaux[5]، لإتمام هذا التعديل.

على هذا النحو يمكن القول ببساطة أن الدستور المدون يمكن أن يكون

(١) الدكتور كمال الغالي: مبادىء القانون الدستوري والنظم السياسية الطبعة الثانية ١٩٦٨، ص١٢٨.

(٢) Michel Henry Fabre, op. cit, P. 156

(٣) Bernard Chantebout, op. cit, P. 35

Georges Burdeau, op. cit, P. 75

(٤) Bernard Chantebout, op. cit, P. 35

(٥) راجع في ذلك Pierre Pactet, op. cit, P. 37

Michel Henry Fabre, op. cit, P. 157

Georges Burdeau, op. cit, P. 75

والدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص١٠٢، والدكتور سعد عصفور المرجع السابق، ص١٩٢، والدكتور كمال الغالي المرجع السابق ص١٢٧.

مرناً ، كما أن الدستور غير المدون يمكن أن يكون جامداً . ويبدو أن الربط من جانب بعض الفقه بين الدستور المكتوب وصفة الجمود - والقول بأن الدستور المكتوب هو دستور جامد - وكذلك الربط بين الدستور العرفي وصفة المرونة - والقول تبعاً لذلك بأن الدستور العرفي هو بطبيعته دستور مرن - مرده النظرة للواقع العملي حيث تتسم جميع الدساتير المكتوبة حالياً - عدا الدستور الإسرائيلي - بصفة الجمود ، كما أن الدستور العرفي الموجود حالياً (الدستور الانجليزي) هو دستور مرن . ومن هنا جاء واقعية الربط بين الدستور المدون وصفة الجمود وبين الدستور العرفي وصفة المرونة[1] .

(١) Bernard Chantebout, op. cit, P. 35.

الفصل الرابع

تعديل الدساتير

La révision des constitutions

ضرورة تعديل الدساتير (رفض فكرة الجمود المطلق والكلي لها).

قلنا ان فكرة جمود الدساتير تقوم على الرغبة في تحقيق اكبر قدر من الثبات والاستقرار للقواعد الدستورية[١] وقلنا أيضاً ان درجة الجمود في الدساتير تتوقف على مدى ما يكون قد تقرر في صلبها من قواعد معقدة أو مبسطة تتعلق بإلغائها أو تعديلها. اذ كلما زادت هذه القواعد تعقيداً كلما كانت الدساتير أكثر جموداً وبالتالي اكثر ثباتاً واستقراراً. والأمر مرهون على كل حال بارادة واضعي هذه الدساتير ومدى رغبتهم في تحقيق نظام دستوري ثابت ومستقر.

غير أنه من الحقائق الثابتة والمسلمة في هذا الخصوص أن النظام الدستوري لأي دولة لا يمكن ان يصل الى درجة الثبات المطلق مهما كان حرص واضعي الدساتير على تجميدها، فالنظام الدستوري لا بد وان يساير قانون التطور المستمر، ولا بد ان يكون هناك تنظيم خاص يجب اتباعه لتعديل القواعد الدستورية - معقداً كان أو مبسطاً - حتى لا تؤدي الضرورة والحاجة المستمرة الى تعديلها بطريق آخر غير قانوني كانقلاب[٢] او ثورة. فكما يقول

---

(١) Julien laferriere op. cit, P. 287 et Georges Burdeau op. cit, P. 77.

(٢) ويقول لافريير في هذا الخصوص

Une constitution ne saurait prétendre être immuable, tôt ou tard des modifications apparaitront nécéssaires si la constitution n'a pas prévu =

البعض أن « الدستور الذي لا يسمح باجراء تعديل لاحكامه يقضي على نفسه مقدماً بالسقوط عن طريق الثورة او الانقلاب[1].

على هذا النحو اجمع الفقه الدستوري في غالبيته على استحالة الجمود المطلق للدساتير من الناحية العملية، إذ لا يمكن ان يكون هذا الجمود الا نسبياً[2] وذلك لاعتبارين احدهما سياسي والآخر قانوني.

فأما الاعتبار السياسي:

فمناطه ان دستور الدولة - وهو بلا شك واجهة النظام الدستوري والسياسي فيها - ليس في حقيقته الا انعكاساً للظروف والاوضاع التي تعيشها الدولة سواء من الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية، ولما كانت هذه الظروف والأوضاع لا بد وأن يمسها التطور والتغيير وفقاً لقانون التطور، فانه يلزم تعديل الدساتير حتى تساير وتتمشى مع ما يصيب هذه الظروف والأوضاع من تطور مماثل، والا انفصلت النصوص عن الواقع، الأمر الذي يؤدي الى ضرورة تعديلها بطريق غير قانوني أي عن طريق الانقلابات أو الثورات كما سبق القول. على هذا النحو يكون تعديل الدساتير ضرورة يحتمها الواقع السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدول.

فاذا ما أضفنا الى ذلك حقيقة ثابتة وواضحة وهي ان الدستور قانون، وأن من طبيعة القانون هو قابليته للتعديل، لزم حتماً التسليم برفض فكرة الجمود

= des voies régulières pour proceder elles n'en seront pas moins realisées mais par des voies illegales, par la révolution ou par le coup, Julien Laferriere op. cit, P. 288.

(١) الدكتور ثروت بدوي: القانون الدستوري وتطور الانظمة الدستورية في مصر ١٩٧١، ص١٠٤.

(٢) الدكتور طعيمة الجرف، المرجع السابق، ص١٣٢، الدكتور ثروت بدوي المرجع السابق ص١٠٤، والدكتور محمد حسنين عبد العال المرجع السابق، ص١١٥.

المطلق للدساتير واستحالة تحققها من الناحية العملية[1].

أما الاعتبار القانوني:

فمناطه تعارض مبدأ سيادة الأمة وفكرة الجمود المطلق للدساتير. إذ يتضمن الجمود المطلق للدساتير معنى تنازل الأمة صاحبة السيادة عن ممارسة سيادتها بشأن تعديل الدساتير[2]. وبمعنى آخر أن الأمة تكون حين وضعت الدستور الجامد جموداً مطلقاً، قد حرمت نفسها من ممارسة حقها في السيادة فيما يتعلق بشأن تعديل الدستور وفي إلغائه إذا ما رأت مقتضى لذلك.

وقد وجدت فكرة ضرورة تعديل الدساتير وحتميتها مكانها لدى رجال الثورة الفرنسية، فأعلنت عنها الجمعية التأسيسية وعملت على تقنينها، وعلى هذا الأساس نصت المادة الأولى من الدستور الفرنسي ١٧٩١ على «أن الجمعية التأسيسية تقرر أن للأمة كامل الحق، الذي لا يتقادم ولا يقبل السقوط، في أن تغير دستورها »[3].

كما نصت المادة ٢٨ من الدستور الفرنسي الصادر عام ١٧٩٣ على ان « للشعب دائماً الحق في ان يعدل وأن يغير دستوره، لان جيلاً معيناً لا يستطيع ان يلزم الاجيال التالية بقوانينه وانظمته الدستورية[4]. على هذا النحو بات

(١) الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص١٠٤ والدكتور يحيى الجمل، المرجع السابق ص٦٨، وانظر ايضاً

Julien Laferriere op. cit, P. 288

(٢) Julien Laferriere op. cit. P. 288

وانظر ايضاً الدكتور ثروت بدوي المرجع السابق ص١٠٤.

(٣) «L'assemblée nationale constituante déclare que la nation à le droit imprescriptible de changer la constitution».

انظر في ذلك

Julien Laferriere op. cit, P. 288

Georges Burdeau op. cit, P. 83

(٤) «Un peuple a toujours le droit de revoir de reformer et de changer sa =

من المسلم به ، بل ومن المحتم ، ضرورة تعديل الدساتير نظراً للاعتبارات السابق إيضاحها[1] .

غير أن إباحة التعديل لا يتعارض مع مكنة وضع قيود وشروط وتطلب إجراءات خاصة بشأنه ، فيكون الدستور جامداً جموداً نسبياً . وهذا الجمود النسبي للدساتير يكفل - عن طريق تطلب إجراءات وشكليات خاصة أكثر تعقيداً عن تلك التي تتبع في شأن تعديل القوانين العادية - ميزة أن يكون التعديل صادراً عن روية وتفكير . لا وليد نزوة سياسية طارئة أو حاجة وقتية أو عارضة .

وإذا كانت الدساتير الجامدة جموداً نسبياً يجوز تعديلها بإجراءات خاصة وشكليات معينة أكثر تعقيداً عن تلك التي تتبع في شأن القوانين العادية . فإن التساؤل يثور عن السلطة المختصة بالتعديل والإجراءات التي تتبع في تعديلها ، وتحديد نطاق هذا التعديل ، وللإجابة على هذه التساؤلات ينبغي أن نقسم هذا الفصل إلى مباحث ثلاثة على النحو التالي :

المبحث الأول : في السلطة المختصة بتعديل الدساتير .
المبحث الثاني : في اجراءات تعديل الدساتير .
المبحث الثالث : في نطاق التعديل .

= constitution. une génération ne peut assujettir a ses lois les generations futures.»
Julien Laferriere op. cit, P. 288

(١) راجع في رفض فكرة الجمود المطلق للدساتير الدكتور طعيمة الجرف ، المرجع السابق ص١٣٣ والدكتور محمد حسنين عبد العال المرجع السابق ص١١٦ .
وانظر أيضاً
Georges Burdeau op. cit, P. 83

المبحث الأول

السلطة المختصة بتعديل الدساتير

السلطة التأسيسية المنشأة :

Le pouvoir constituant institué ou dérivé:

رأينا فيما سبق وجوب التمييز بين ما يسمى بالسلطة التأسيسيةالأصلية ، وبين ما يسمى بالسلطة التأسيسية المنشأة . وقلنا ان السلطة الأولى هي التي يناط بها أمر وضع الدستور سواء تمثلت هذه السلطة في الحاكم (الملك) وفي هذه الحالة يكون الدستور صادراً في شكل منحة ، أو تمثلت في الحاكم والشعب ، وفي هذه الحالة يكون الدستور صادراً في شكل عقد بين الحاكم والشعب ، أو تمثلت في الشعب وحده وهنا يكون الدستور نتاج الجمعية التأسيسية أو الاستفتاء الدستوري .

وقلنا ايضاً ان هذه السلطة تتدخل في وقت لا يكون بالدولة دستور على الاطلاق بغية وضع الدستور الجديد ، فهي لم تتلق اختصاصاتها من نص دستوري قائم .

وانتهينا الى أن هذه السلطة - اعني السلطة التأسيسية الأصلية - تملك في هذا الخصوص حرية مطلقة في وضع الدستور ، اي في اختيار نظام الحكم والايديولوجية أو الفلسفة التي يقوم عليها ويعايشها النظام في الدولة .

أما السلطة التأسيسية المنشأة فهي التي يناط بها أمر تعديل الدستور[١] ،

---

(١) هذا ويجب ان نلاحظ ان المقصود باصطلاح السلطة التأسيسية المنشأة والذي يعنى السلطة التي يناط بها تعديل الدستور يختلف عن اصطلاح السلطات المنشأة Pouvoirs constitutués فهذا الأصطلاح الأخير يعني السلطات الثلاثة : السلطة التشريعية ، والسلطة التنفيذية ، والسلطة =

وهذه السلطة تفترض وجود دستور نافذ في الدولة ينظمها ويمنحها في ذات الوقت مقومات الحياة[1]، وهو الذي ينيط بها مهمة التعديل، فهذه السلطة تتلقى اختصاصها بشأن التعديل من نص دستوري قائم[2].

وتبعاً لذلك فاذا سقط الدستور - بقيام ثورة او انقلاب. فان الامر يقتضي تدخل السلطة التأسيسية الأصلية، ذلك أن السلطة المنشأة تكون في هذه الحالة قد فقدت وجودها بسقوط الدستور الذي أنشأها.

هل يمكن اهمال السلطة التأسيسية المنشأة والالتجاء الى السلطة التأسيسية الاصلية في شأن التعديل:

يدور التساؤل في هذا الخصوص عما اذا كان في الامكان اهمال السلطة التأسيسية المنشأة والرجوع الى السلطة التأسيسية الاصلية في شأن تعديل الدستور،وهل يمكن في هذا الخصوص اعمال القاعدة الأصولية القائلة «ان من يملك الكل يملك الجزء؟».

يبدو ان البعض قد اراد إعمال هذه القاعدة فاقر للسلطة التأسيسية الاصلية حق التدخل لاجراء تعديل الدستور واهمال السلطة التأسيسية المنشأة،

= القضائية. وهذه السلطات تسمى بالسلطات المنشأة لأن الدستور هو الذي انشأها وعهد اليها بممارسة الاختصاصات الثلاثة التشريعية والتنفيذية والقضائية
انظر الدكتور يحيى الجمل، المرجع السابق، ص٤٨.

(١) Georges Burdeau, op. cit, P. 210
Jacques Cadart, op. cit, TIPI P.128.

(٢) الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي، النظام الدستوري للجمهورية العربية المتحدة، ١٩٦٦، ص٩٢.

وذلك على أساس ان ما تتمتع به السلطة التأسيسية الاصلية من حرية واستقلال لا يتفق وفرض أية قيود عليها.

وقد دافع عن هذه الفكرة أثناء الثورة الفرنسية ١٧٨٩ الأستاذ Sieyes إذ رأى أن السلطة الأصلية تستطيع أن تفعل أي شيء. وهي لا تخضع مقدماً لأي دستور. فالأمة التي تزاول أكبر وأهم سلطاتها يجب أن تكون في هذه الوظيفة حرة من كل إكراه ومن كل شكل »، وقد وجدت هذه الفكرة ترحيباً لدى البعض من الفقه الدستوري الحديث أمثال George Burdeau.

غير أن هذه الفكرة لم تلق تأييداً لدى البعض الآخر من الفقه بل كانت بالنسبة لهم « محل نظر كبير »[١] إذ لا يمكن في نظرهم إهمال السلطة التأسيسية المنشأة والالتجاء إلى السلطة التأسيسية الأصلية بشأن إجراء التعديلات الجزئية للدستور. ونحن من جانبنا نشاطر هذا الرأي لما يقدمه في هذا الخصوص من حجج قانونية سائغة.

فمن ناحية لا يمكن القول بإهمال السلطة التأسيسية المنشأة والالتجاء إلى السلطة التأسيسية الأصلية لاجراء التعديل الجزئي للدستور، ما دام أن هناك دستوراً قائماً نص على وجود السلطة التأسيسية المنشأة ونظمها وحدد لها هذا الاختصاص[٢]. إن القول بتدخل السلطة التأسيسية الأصلية في هذا الخصوص يمثل تجاهلاً للنصوص الدستورية القائمة، بل ويمثل ـ إن شئنا الدقة ـ خرقاً وانتهاكاً لها.

إن ما يقضي به مبدأ الشرعية او مبدأ سيادة القانون في شقه المادي هو وجوب احترام القواعد القانونية من ذات السلطة التي وضعتها، طالما ان هذه

---

(١) الدكتور مصطفى ابو زيد فهمي المرجع السابق ص٩٣.

(٢) Georges Vedel, op. cit, P. 67.

السلطة لم تقم بتعديلها او الغائها بالطريق القانوني .فاذا كان الشعب ـ السلطة التأسيسية الاصلية ـ هو الذي وضع الدستور واناط مهمة تعديله بالسلطة التأسيسية المنشأة. فإنه يغدو من غير الجائز قانوناً أن تقوم هذه السلطة ـ السلطة التأسيسية الاصلية ـ بانتهاك ما وضعته من قواعد وتقوم بنفسها بشل اختصاص إحدى السلطات التي أنشأتها وتمارس هي تبعاً لذلك مهمة التعديل الجزئي[1].

ولا يصح القول بعد ذلك بأنه لا يجوز فرض قيود على حرية السلطة التأسيسية الأصلية واستقلالها، ومن ثم يكون لها أن تقوم بإحداث التعديل الجزئي وإلا كان في ذلك إنقاصاً لسيادتها أي سيادة الشعب ـ . فلا يجوز القول بمثل ذلك، لأن السلطة المنشأة ـ شأنها في ذلك شأن سائر السلطات التي أنشأها الدستور التشريعية والتنفيذية والقضائية ـ أناط بها الدستور مهمة معينة وهي التعديل الجزئي. والشعب باعتباره صاحباً للسلطة التأسيسية الأصلية حينما يقر للسلطة المنشأة بهذا الاختصاص لا يتنازل هنا عن سيادته ولا يضع قيوداً عليها. وإنما يبين طريقة مزاولة هذا الاختصاص والهيئة المختصة بإجرائه. والشعب إذ قنن ذلك في نصوص الدستور فهو يلتزم بها طالما بقي الدستور قائماً.

وتبعاً لذلك انتهى الفقه الى أن «النصوص الدستورية التي أقامت السلطة التأسيسية المنشأة يجب ان تحترم طالما لم يقم الشعب بالغائها او تعديلها ،فليس هنالك ـ في احترام السلطة التأسيسية المنشأة ـ مصادرة لسلطة الشعب او حداً من سيادته. ولكن تطبيق بسيط لمبادىء الشرعية ومبدأ سيادة القانون»[2]. وإذا كانت السلطة التأسيسية المنشأة هي التي يناط بها أمر تعديل الدستور فإن التساؤل يثور عن الهيئة التي تباشر هذه السلطة؟ أو عن العضو صاحب السلطة التأسيسية المنشأة؟

(١) الدكتور مصطفى ابو زيد، المرجع السابق، ص٩٤.
(٢) الدكتور مصطفى ابو زيد، المرجع السابق، ص٩٥.

من له حق مزاولة السلطة التأسيسية المنشأة

يتوقف أمر تحديد الهيئة التي تمارس السلطة التأسيسية المنشأة على نصوص الدستور ذاته ، فهي التي تحدد العضو الممارس لهذه السلطة ، وبالرجوع الى الدساتير المختلفة في هذا الخصوص نجد انها قد تباينت تبايناً كبيراً ولم تقف موقفاً واحداً . فمنها ما ينيط هذه السلطة الى البرلمان فيزاولها طبقاً لاجراءات خاصة ، ومنهاما ينيط هذه السلطة الى جمعية تأسيسية تنتخب خصيصاً لهذا الغرض ، ومنها ما ينيط القيام بهذه المهمة إلى الشعب ذاته عن طريق موافقته على التعديل في استفتاء شعبي[1] .

---

(١) ومع ذلك فقد اختلف الفقهاء في أول الأمر حول السلطة المختصة بتعديل الدستور . فذهب فقهاء القانون الطبيعي - امثال Vattel - الى ضرورة الموافقة الاجماعية للأمة Consentement unanime de la nation entière على تعديل الدستور إذ رأوا في الدستور تعبيراً عن فكرة العقد الاجتماعي التي قامت عليها الجماعة السياسية ، واساس منح السلطات للحاكم ، ولما كان هذا العقد لم يتم ابرامه إلا باجماع ارادة افراد الجماعة فان تعديله لا يتم إلا بذات الطريقة اي يتطلب الموافقة الاجماعية من جانب الأفراد .

على أن هذا التصور للسلطة المختصة بتعديل الدستور يؤدي حتما الى جمود الدستور جموداً مطلقـاً نظراً الى تعـذر بـل وإلى استحـالـة الاجماع في هـذا الخصوص ، الأمر الـذي اضطر الاستاذ فاتـل - الى الاكتفاء برأي أغلبية افراد الجماعة على اجراء التعديل مع الاعتراف بحق الأقلية في المعارضة ، والانفصال عن الأغلبية التي قامت بالتعديل وخالفت التعاقد الأصلي .

وذهب رأي آخر قال به Sieyes إلى أن تعديل الدستور حق منوط للأمة ذاتها باعتبارها صاحبة السيادة ، ودون التقيد بأي اجراء معين . فهي تستطيع ان شاءت ان تنيب عنها ممثليها في اجراء التعديل أو ان تقوم هي نفسها بهذه المهمة والاكتفاء في التعديل بتوافر الأغلبية ؛ على ان هذه الآراء لم يكتب لها النجاح أو الانتشار وساد الرأي القائل باعطاء حق تعديل الدستور للسلطة التي ينص عليها الدستور نفسه (وبالطريقة التي يحددها) وهي لا تخرج عن احدى السلطات المشار اليها في المتن .

راجع في هذا الخصوص الدكتور ثروت بدوي ، المرجع السابق ص١٠٦ ، والدكتور رمزي طه الشاعر ، المرجع السابق ص٣١٠ ، وراجع

Julien Laferriere, op. cit, P. 288

١ ـ البرلمان :

كثيراً ما تنص الدساتير على منح البرلمان السلطة التأسيسية المنشأة، فيقوم بتعديل الدستور طبقاً لإجراءات خاصة يحددها الدستور[١]. وبطبيعة الحال لا بد أن تختلف هذه الإجراءات عن تلك التي تتبع في شأن تعديل القوانين العادية، إذ أن الأمر يتعلق بدستور جامد لا بدستور مرن.

فمثلاً قد يتطلب الدستور ـ إذا كان البرلمان يتكون من مجلسين ـ أن يجتمع البرلمان في هيئة مؤتمر مع اشتراط أغلبية خاصة لإقرار التعديل، كما كان الحال في الدستور الفرنسي الصادر عام ١٨٧٥.

وقد يتطلب الدستور توافر أغلبية خاصة في كل مجلس من المجلسين اللذين يتكون منهما البرلمان، كما كان الحال في الدستور السوفيتي الصادر عام ١٩٣٦، أو يتطلب مثلاً أغلبية ثلثي المجلس إذا كان البرلمان يتكون من مجلس واحد، كما هو الحال في الدستور اللبناني[٢].

وقد يذهب الدستور إلى أبعد من ذلك فيتطلب ضرورة انتخاب مجلس جديد يباشر مهمة التعديل، كما هو الحال في الدستور البلجيكي. إذ حتم هذا الدستور ضرورة انتخاب مجلس جديد يتولى مهمة تعديل الدستور مع الملك، واشترط في هذه الحالة ضرورة حضور الأعضاء للمداولة بأغلبية الثلثين، وضرورة صدور قرار التعديل بأغلبية ثلثي الحاضرين.

على أي حال فإن الدساتير التي تعهد للبرلمان بمهمة التعديل تتطلب إجراءات وشروط خاصة أقسى وأشد من الإجراءات التي تتبع في شأن تعديل القوانين العادية ليس فقط فيما يتعلق بضرورة توافر أغلبية خاصة في إقرار التعديل، وإنما أيضاً في شأن كيفية درس ومناقشة الاقتراح إلى غير ذلك من

(١) انظر الدكتور طعيمة الجرف، المرجع السابق، ص١٤٠، والدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص١٠٧.

(٢) راجع نص المادة ٧٩ من الدستور اللبناني وانظر الدكتور محسن خليل، المرجع السابق، ص٥٩٤

الصور التي لا يمكن حصرها في هذا الخصوص.

٢ ـ الجمعية التأسيسية:

قد تلجأ بعض الدساتير إلى منح السلطة التأسيسية المنشأة إلى جمعية تأسيسية يتم انتخابها خصيصاً لإجراء التعديل، وقد لقيت هذه الوسيلة انتشاراً واسعاً فأخذت بها أغلبية دساتير الدويلات في الولايات المتحدة الأمريكية، ودساتير دول أمريكا اللاتينية، وكذلك الدستور الفرنسي الصادر عام ١٨٤٨[١].

٣ ـ الاستفتاء الشعبي[٢]:

قد تتطلب بعض الدساتير ضرورة موافقة الشعب ذاته على التعديل حتى يصبح نافذاً، وفي هذه الحالة يقوم البرلمان او جمعية تأسيسية باعداد مشروع التعديل ثم يتم طرح هذا المشروع على الشعب للموافقةعليه، وقد اخذت بهذه الطريقة سويسرا سواء بالنسبة لدستورها الاتحادي او بالنسبة لدساتير الولايات. وقد اخذ بها ايضاً الدستور الفرنسي الصادر عام ١٩٥٨ اذ حتمت المادة ٨٩ من ذات الدستور ضرورة عرض التعديل على البرلمان للنظر فيه واقراره ثم عرضه على الشعب في استفتاء شعبي حتى يصير نافذاً[٣].

وقد تبنى الدستور المصري الحالي الصادر عام ١٩٧١ هذه الوسيلة اذ بعد ان قررت المادة ١٨٩ من ذات الدستور على ان حق طلب التعديل مقرر لكل من رئيس الجمهورية ومجلس الشعب نصت على أنه «وفي

---

(١) راجع في ذلك الدكتور مصطفى ابو زيد فهمي: النظام الدستوري للجمهورية العربية المتحدة ١٩٦٦، والدكتور رمزي طه الشاعر، المرجع السابق، ص٣١٢.

(٢) الدكتور مصطفى ابو زيد فهمي: النظام الدستوري للجمهورية العربية المتحدة ١٩٦٦ ص٩٧ الدستور الفرنسي الصادر طه الشاعر، المرجع السابق، ص٣١٢.

(٣) يلاحظ ان التعديل حق مقرر لرئيس الجمهورية ولاعضاء كل من المجلسين،

جميــع الأحوال ينـــاقش المجلس مبـــدأ التعـــديـــل ويصـــدر قراره في شأنها بأغلبية اعضائه ، فاذا رفض الطلب لا يجوز اعادة طلب تعديل المواد ذاتها قبل مضي سنة على هذا الرفض، وإذا وافق مجلس الشعب على مبدأ التعديل يناقش بعد شهرين من تاريخ الموافقة المواد المطلوب تعديلها ،فاذا وافق على التعديل ثلثا اعضاء المجلس عرض على الشعب لاستفتائه في شأنه فاذا وافق على التعديل اعتبر نافذاً من تاريخ اعلان نتيجة الاستفتاء » .

المبحث الثاني

اجراءات التعديل

تختلف الدساتير اختلافاً بيناً فيما تتضمنه من تنظيمات واجراءات تتعلق بتعديلها ويرجع هذا الاختلاف الى اعتبارات سياسية وأخرى فنية.

١ - وتكمن الاعتبارات السياسية في ضرورة اتفاق نظم واجراءات التعديل مع طبيعة نظام الحكم السائد في الدولة. فالدولة التي تعتنق النظام النيابي تضع في اعتبارها الحكومة والبرلمان. والدولة التي تعتنق النظام الديمقراطي شبه المباشر تضع في حسابها الشعب والبرلمان، والدولة التي تتبدى في شكل اتحاد مركزي او فيدرالي تضع في اعتبارها الدويلات الاعضاء في الاتحاد[١].

٢ - وتتمثل الاعتبارات الفنية في اساليب الصياغة التي يعتنقها واضعوا الدساتير والحلول المتباينة التي تترتب عليها.

فقد تأخذ الدساتير بمبدأ توازي أو تقابل الأشكال القانونية Le Principe du Paralellisme des formes[٢]، ومقتضى تطبيق هذا المبدأ أن دستور لا يجوز تعديله إلا من جانب سلطة يتم تكوينها على غرار السلطة التي قامت

---

(١) الدكتور سعد عصفور، المرجع السابق، ص١٩٦.

(٢) «L'acte juridique ne peut être modifiè que dans les mêmes formes que celles suivant lesquelles il a été fait».

اي ان العمل القانوني لا يجوز تعديله أو الغاؤه إلا باتباع ذات الاجراءات والاشكال المقررة لاصداره.

Julien Laferriere, manuel de droit constitutionnel 2édition 1947. P. 296 et Georges Burdeau, op. cit, P. 89

(٣) وانظر ايضاً الدكتور ثروت بدوي المرجع السابق ص١٠٨.

بوضعه ، وباتباع ذات الإجراءات والأشكال التي تم اتباعها في إصداره . ومن ثم فلا يجوز تعديل الدستور الصادر عن طريق جمعية تأسيسية منتخبة . إلا بواسطة جمعية منتخبة لغرض التعديل[1] ، وباتباع ذات الإجراءات والأشكال التي تم اتباعها وفي وضعه[2] . وإذا كان الدستور قد قامت بإعداده جمعية منتخبة وتم عرضه على الشعب في استفتاء دستوري ، فإن تعديله لا يتم إلا بذات الطريقة ، أي بانتخاب جمعية لإعداد مشروع التعديل ، وعرضه بعد ذلك على الشعب لاقراره في استفتاء دستوري[3] .

وقاعدة توازي أو تقابل الأشكال وإن كانت القاعدة المنطقية والمتبعة في المجال القانوني بصفة عامة ، إلا أنها لا تجد متسعاً لتطبيقها في غير حالة الأخذ بإسلوب الاستفتاء الدستوري نظراً لما تؤدي إليه من شدة في التعقيد ، لذلك نرى مشرعو الدساتير يعزفون عن تطبيق هذه القاعدة رغبة منهم في اتباع إجراءات أكثر يسراً وأقل تعقيداً في تعديل الدساتير ، فينيطون أمر تعديلها إلى المجالس التشريعية العادية مع وجوب اتباع إجراءات خاصة متمايزة عن تلك التي تتبع في تعديل القوانين العادية .

---

(١) Julien Laferrière, op. cit, P.269.

(٢) ومن أمثلة ذلك الدستور الفرنسي الصادر عام ١٧٩٣ ،ودستور السنةالثالثة ،والدستور الصادر عام ١٨٤٨ . اذ تم وضع هذه الدساتير عن طريق هيئات تم انتخابها لهذا الغرض واشترطت لامكان تعديلها انتخاب هيئات مماثلة يقتصر مهمتها على القيام بأمر التعديل.

Georges Burdeau, op. cit, P. 89

على أنه يلاحظ ان دستوري ١٧٩٣ والسنة الثالثة قد اشترطا لنفاذ التعديل ضرورة عرضه - بعد اعداد المشروع من جانب الجمعيات التأسيسية التي قامت بغرض التعديل - على الشعب للموافقة عليه .

راجع في ذلك Julien Laferriere, op. cit, P. 296-297.

وانظر ايضاً الدكتور ثروت بدوي ، المرجع السابق ص١٠٨ والدكتور سعد عصفور ، المرجع السابق ، ص١٩٧ هامش ١ .

(٣) ومثال ذلك الدستور المصري الحالي الصادر في ١١ سبتمبر عام ١٩٧١ - وكذلك الدستور المصري الصادر عام ١٩٥٦ ، اذ نص كل منهما على ضرورة عرض مشروع التعديل على الشعب في استفتاء . وعدم نفاذه إلا بعد موافقته عليه .

مراحل تعديل الدساتير:

اياً كان امر الاختلاف بين الدساتير من حيث الطرق والاجراءات الواجب اتباعها بشأن التعديل، إلا أنه يمكن حصر المراحل التي يمر بها أي تعديل دستوري في اربعة.

اقتراح للتعديل، ثم اقرار لمبدأ التعديل، ثم اعداد أو تحضير له، ثم اقراره بصفة نهائية.

أولا: مرحلة اقتراح التعديل: L'initiative de la revision

قد يتقرر حق اقتراح التعديل للحكومة وحدها، وقد يتقرر هذا الحق للبرلمان وحده، وقد يتقرر هذا الحق للحكومة والبرلمان معاً، وقد يتقرر هذا الحق للشعب ذاته.

وتقرير حق اقتراح تعديل الدستور لأي من هذه الهيئات أمر يتوقف على مكانة وثقل كل منها إزاء الأخرى على النحو التالي:

١ - فاذا كان الدستور يميل الى رجحان كفة السلطة التنفيذية في الدولة وتقويتها على السلطة التشريعية، فانه يجعل اقتراح التعديل من اختصاص الحكومة[١]. ومثال ذلك ما حدث في عهد نابليون بونابرت الذي جعل حق اقتراح تعديل الدستور من اختصاصه دون سواه، وهو ما تحقق ايضاً في عهد لويس نابليون حيث قضت المادة ٥٢ من دستور عام ١٨٥٢ بعدم الاعتداد

---

(١) انظر في ذلك

Julien Laferriere, op. cit, P.294

Benoit Jeanneau, op. cit, P. 54.

Georges Burdeau, op.c it, P. 86.

الدكتور محسن خليل المرجع السابق، ص٥٧٧.

بالاقتراحات المقدمة من جانب مجلس الشيوخ في شأن تعديل الدستور إلا إذا أخذت بها الحكومة(١).

ومن أمثلة الدساتير الحديثة التي اعطت حق اقتراح التعديل للحكومة وحدها دستور البرتغال الصادر عام ١٩٣٣ (م ١٣٥)، ودستور رومانيا الصادر عام ١٩٣٨ (م ٩٧)، ودستور اليابان الصادر عام ١٩٤٦ (م ٧٢)(٢).

٢ - واذا كان الدستور يميل الى رجحان كفة البرلمان (السلطة التشريعية) وتقويته على السلطة التنفيذية أو على الأقل يجعل منه صاحب الولاية العامة في التشريع، فان الدستور يجعل حق اقتراح التعديل من اختصاصه وحده(٣) ومثال ذلك دستور الولايات المتحدة الاميركية (م ٥) وأغلب دساتير دول اميركا اللاتينية مثل دستور الارجنتين (م ٣٠) وشيلي (م ١٠٨) وكولومبيا (م ٢٠٩) واكوادور (م ١٦٤) وباراجواي (م ١٢٣) وارجواي (م ١٧٧) وفنزويلا (م ١٢٣).

٣ - واذا كان الدستور يميل الى تحقيق التوازن والتعاون المتبادل بين السلطتين التنفيذية والتشريعية، فإنه يجعل حق اقتراح التعديل حقاً مشتركاً بين كلتا السلطتين السابقتين، فيكون لكل من السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية (البرلمان) حق اقتراح التعديل(٤).

---

(١) Bernard Chantebout, op. cit, P. 36.
الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص١١٢
والدكتور سعد عصفور، المرجع السابق ص١٩٨.

(٢) ويلاحظ أنه إذا كانت معظم الدساتير القديمة تقر بهذا الحق للحكومة وحدها، إلا أن أغلب الدساتير الحديثة قد عدلت على هذا المسلك نتيجة انتشار التيارات الديمقراطية.

(٣) Georges Burdeau, op. cit, P. 86.
وانظر أيضاً الدكتور محسن خليل، المرجع السابق، ص٥٧٧.

(٤) Georges Burdeau, op. cit, P. 86.
Bernard Chantebout, op. cit, P. 36.
وانظر ايضاً الدكتور سعد عصفور، المرجع السابق ص١٩٨.

ومن امثلة ذلك الدستور الفرنسي الصادر عام ١٨٧٥ (م ٨) والدستور التشيكوسلوفاكي الصادر عام ١٩٢٠ (م ٤١) والدستور الاسباني الصادر عام ١٩٣١ (م ١٢٥) والدستور المصري الصادر عام ١٩٧١ (م ١٨٩) والدستور اللبناني الصادر عام ١٩٢٦ (م م ٧٦ ، ٧٧).

٤ ـ وإذا كان الدستور يجعل للشعب ذاته مكاناً في مجال مباشرة مظاهر الحكم فانه يجعل للشعب ـ فضلا عن البرلمان ـ حق اقتراح التعديل[١] فيقضي بوجوب ان يكون اقتراح التعديل الشعبي موقعاً عليه من عدد معين من افراد الشعب، ومثال ذلك دساتير معظم الولايات في الاتحاد السويسري والاتحاد الأمريكي، وكذلك غالبية الدساتير التي تم وضعها بعد الحرب العالمية الأولى مثل دستور فيمر الصادر عام ١٩١٩، (م٧٣ ، م٧٤) وكذلك دستور ايطاليا الصادر في ٢٧ ديسمبر ١٩٤٧[٢].

ثانياً: تقرير مبدأ التعديل:

تلجأ أغلب الدساتير الى منح البرلمان سلطة اقرار مبدأ التعديل، فيكون له سلطة البت فيما اذا كان هناك محل لاجراء التعديل من عدمه، اي ضرورة

---

(١) Bernard Chantebout, op. cit, P. 36.
Georges Burdeau, op. cit, P. 86.

وانظر: الدكتور ثروت بدوي المرجع السابق، ص١١٣.
الدكتور محسن خليل ، المرجع السابق، ص٥٧٧.

(٢) اذ اعطت المادة السابعة من هذا الدستور حق اقتراح التعديل لكل من الحكومة والبرلمان فضلاً عن حق التقدم بشروعات مبوبة من جانب عدد معين من الشعب لا يقل عن ٥٠٠٠٠ شخصاً.
Benoit Jeanneau, op. cit, P. 54.

وكذلك الحال في سويسرا اذ يقتضي الأمر أن يكون اقتراح التعديل الشعبي موقعاً عليه من ١٠٠٠٠٠ شخصاً. انظر في ذلك:
Pierre Pactet, op. cit, P.38.
Bernard Chantebout, op. cit, P. 36.

تعديله أو عدم تعديله[1] ومن أمثلة الدساتير التي اناطت بالبرلمان هذا الحق الدستور ، الفرنسي الصادر عام ١٧٩١ ودستور السنة الثالثة وكذلك الدساتير الصادرة عام ١٨٤٨ وعام ١٨٧٥ ، وعام١٩٤٦ ،وبصفة عامة معظم الدساتير الأوروبية التي صدرت عقب الحرب العالمية الأولى مثل الدستور البلجيكي والدستور الدانمركي والدستور النرويجي.

على أن بعض الدساتير قد تتطلب فضلاً عن موافقة البرلمان على مبدأ التعديل موافقة الشعب كما هو الحال بالنسبة لدساتير معظم الولايات في الاتحادين الأميركي والسويسري[2].

ثالثاً: مرحلة اعداد التعديل:

قد تعهد الدساتير بهذه المهمة الى هيئة منتخبة خصيصاً لهذاالغرض ،كما هو الشأن بالنسبة لدساتير فرنسا لسنة ١٧٩٣ ولسنة١٨٤٨ ،وكذلك دستور الارجنتين الصادر عام١٨٣٣ ،على ان معظم الدساتير قد عهدت بمهمة التعديل الى البرلمان القائم مع تطلب بعض الشروط الخاصة[3] من اهمها على سبيل المثال.

١ - اجتماع مجلسي البرلمان في هيئة مؤتمر كما هو الشأن بالنسبة لدساتير فرنسا لسنة١٨٧٥ ، ورومانيا لسنة ١٩٢٣ .

---

(١) Julien Laferriere, op. cit, P. 295.
Georges Burdeau, op. cit, P. 86
Bernard Chantebout, op. cit, P. 36.
وانظر الدكتور سعد عصفور ، المرجع السابق ، ص١٩٩ .
الدكتور محسن خليل ، المرجع السابق ، ص٥٧٨ .

(٢) الدكتور سعد عصفور ، المرجع السابق ص١٩٩ .

(٣) Georges Burdeau, op. cit, P. 86.
Benoit Jeanneau, op. cit, P. 54
Pierre Pactet, op. cit, P. 38.

٢ - اشتراط نسبة خاصة في الحضور لصحة جلسات البرلمان ، أو في التصويت لصحة القرارات الصادرة منه ، كما هو الشأن بالنسبة لدساتير بعض دول اميركا اللاتينية كالمكسيك وكولومبيا .

٣ - حل البرلمان واجراء الانتخابات لتشكيل برلمان جديد يتولى مهمة التعديل ، كما هو الشأن بالنسبة لدستور رومانيا ١٩٢٣ ، ودستور اسبانيا ١٩٣١ ، ودستور بلجيكا(١) .

رابعاً :مرحلة اقرار التعديل بصفة نهائية(٢) .

تجعل معظم الدساتير مهمة اقرار التعديل بصفة نهائية لذات السلطة التي اناطت بها مهمة اعداد التعديل(٣) وعلى هذا النحو قد تكون السلطة المختصة باقرار التعديل نهائياً هي الهيئة النيابية التي تم انتخابها خصيصاً لمهمة التعديل ، وإما البرلمان أي الهيئة التشريعية مع تطلب شروط خاصة .

وقد تجعل بعض الدساتير سلطة إقرار التعديل للشعب ذاته ، إذا ما تطلب الدستور استطلاع رأي الشعب عن طريق الاستفتاء ، كما هو الحال بالنسبة للدستور السويسري والدستور المصري الحالي الصادر في ١١ سبتمبر ١٩٧١ .

---

(١) وقد تعهد بعض الدساتير بوضع مشروع التعديل واعداده للحكومة وحدها دون البرلمان . انظر الدكتور محسن خليل مؤلفه سالف الذكر ص٥٧٨ .

(٢) راجع في هذا الخصوص الدكتور سعد عصفور المرجع السابق ص٢٠١ .
الدكتور محسن خليل ، المرجع السابق ، ص٥٧٩ .

(٣) Benoit Jeanneau, op. cit, P. 55
Bernard Chantebout, op. cit, P. 37–38

المبحث الثالث

نطاق التعديل

انتهينا فيما سبق الى رفض فكرة الجمود المطلق والكامل للدساتير. ورأينا ان مسايرة الدساتير للظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية أمر يتطلب بل ويحتم ضرورة تعديلها، وإلا انفصلت النصوص القانونية عن الواقع العملي، فالقاعدة الدستورية قاعدة قانونية، والقواعد القانونية كما سبق وذكرنا بطبيعتها قابلة للتغيير والتبديل.

وانتهينا مع إجماع الفقه إلى أن الجمود المطلق والكامل للدساتير يكون أمراً باطلاً ومجرداً من أي قيمة قانونية لما تتضمنه هذه الصورة من مصادرة لحق الأمة في تعديل أو تغيير دستورها، وهو أسمى وأبرز حقوق السيادة التي تملكها.

غير أن اباحة تعديل الدساتير أمر لا يتعارض - كما سبق وأشرنا - ووضع قيود واجراءات ثقيلة على سلطة التعديل، فيكون الأمر أشد تعقيداً وأكثر عسراً من تعديل القوانين العادية، أي بتحقيق فكرة الجمود النسبي.

وإذا كان من النادر ان تنص الدساتير على حظر تعديلها تعديلاً مطلقاً وابدياً بشكل كامل، فان بعضاً منها قد نص على حظر التعديل في خلال مدة معينة، أو حظر تعديل بعض احكامها بصفة مطلقة. وهنا يثور التساؤل عن قيمة هذا المنع النسبي للتعديل.

النصوص التي تحظر تعديل الدستور خلال فترة معينة (الحظر الزمني)

من أمثلة الدساتير التي كانت تحظر تعديلها في خلال فترة زمنية معينة الدستور الفرنسي الصادر عام ١٧٩١ والذي نص على عدم جواز تعديله الا بعد مضي اربعة سنوات من تاريخ وضعه، وكذلك الدستور اليوناني الصادر عام ١٩٢٧ والذي نص على منع اقتراح تعديله قبل مضي خمس سنوات، وكذلك

الدستور المصري الصادر عام ١٩٣٠ والذي نص على عدم جواز تعديله قبل مضي عشر سنوات، والدستور الكويتي الصادر عام ١٩٦٢، والذي نص على عدم جواز اقتراح تعديله قبل مضي خمس سنوات على العمل به[١].

والملاحظ في هذا الخصوص ان النص على حظر تعديل الدساتير في بحر فترة معينة كثيراً ما نجده في الدساتير التي تهدف الى اقامة انظمة جديدة مغايرة عن الانظمة السابقة عليها. ويرجع ذلك الى الرغبة في تحقيق الثبات والاستقرار لهذه الأنظمة الجديدة، وكذلك إعطاء الدساتير قسطاً من الاحترام يهيء لها بعد مرور المدة التي يحظر فيها التعديل - القوة في مواجهة خصومها الذين يحاولون النيل منها بالتعديل أو التبديل[٢].

وقد يكون النص على هذا الحظر في بعض الدساتير بغية مواجهة الفترات الاستثنائية أو الازمات التي قد تمر بها البلاد رغبة في تنفيذ احكام هذه الدساتير دون تعديل خلال هذه الفترات خشية ان يأتي التعديل مخالفاً لحقيقة الاتجاهات الأكيدة والمستقرة للرأي العام[٣]. ومثال ذلك ما نصت عليه الدساتير الفرنسية الصادرة عام ١٩٤٦ وعام ١٩٥٨ من عدم جواز اجراء اي تعديل للدستور اثناء قيام احتلال كل أو بعض الاراضي الفرنسية بواسطة قوات اجنبية.

وقد يكون النص على حظر التعديل لمواجهة فترات الضعف التي تنتاب انظمة الحكم وبصفة خاصة الانظمة الملكية، كالنص على تحريم تعديل الدستور في فترة قيام الوصاية على العرش بشأن حقوق الملك ووراثته، ومثال ذلك الدستور

(١) الدكتور عبد الفتاح حسن: مبادىء النظام الدستوري في الكويت ١٩٦٨، ص١٤٠.

(٢) الدكتور عبد الحميد متولي، المفصل في القانون الدستوري ١٩٥٢ ص١٤٩، والدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص١١٥.

(٣) الدكتور ثروت بدوي المرجع السابق، ص١١٦، الدكتور رمزي طه الشاعر، المرجع السابق، ص٣١٧، الدكتور عبد الحميد متولي، المفصل في القانون الدستوري ١٩٥٢، ص١٥١.

البلجيكي[1] الصادر عام ١٨٣١ والدستور الاردني الصادر عام ١٩٥٢[2].

النصوص التي تحظر تعديل بعض أحكام الدستور (الحظر الموضوعي)

من أمثلة الدساتير التي تحظر تعديل بعض الأحكام التي تضمنتها ، الدستور الفرنسي الصادر عام ١٩٤٦ والذي نص على عدم جواز اقتراح تعديل شكل الحكومة الجمهوري ، وكذلك الدستور الايطالي الصادر عام ١٩٤٧ والذي نص على أنه لا يجوز ان يكون الشكل الجمهوري محلاً لتعديل دستوري ، وكذلك الدستور البرازيلي الصادر عام ١٩٣٤ والذي نص على عدم اجراء اي تعديل فيما يتعلق بشكل الدولة الجمهوري والفيدرالي .

ومن أمثلة ذلك أيضاً الدستور المصري الصادر عام ١٩٢٣ والذي نص على ان الأحكام الخاصة بشكل الحكومة النيابي البرلماني وبنظام وراثة العرش وبمبادىء الحرية والمساواة التي يكفلها هذا الدستور لا يمكن اقتراح تنقيحها[3] .

وترجع الرغبة في النص على حظر تعديل بعض احكام الدساتير الى حماية الدعائم الاساسية التي يقوم عليها النظام السياسي أو بعض نواحي ذلك النظام ، والرغبة في ضمان بقاء هذه الدعائم دون تعديل أو تبديل[4] .

(١) الدكتور عبد الحميد متولي : المفصل في القانون الدستوري ١٩٥٢ ، ص١٥٠ .

(٢) الدكتور ثروت بدوي ، المرجع السابق ، ص١١٦ .

(٣) واذا كان الحظر الموضوعي لتعديل بعض احكام الدساتير يمكن ان يكون مطلقاً ، فان هذا الحظر يمكن ان يكون مؤقتاً اي لمدة محددة ، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة ١٥٨ من الدستور المصري الصادر عام ١٩٢٣ والتي قضت بعدم جواز احداث اي تنقيح في الدستور خاصة بحقوق مسند الملكية مدة قيام وراثة العرش .

(٤) الدكتور ثروت بدوي ، المرجع السابق ، ص١١٦ ، والدكتور عبد الحميد متولي : المفصل في القانون الدستوري ١٩٥٢ ص١٥١ .

مدى القيمة القانونية لهذه النصوص.

اختلف الفقه الدستوري في شأن مدى القيمة القانونية للنصوص التي تتضمن حظر تعديل الدستور في بحر مدة معينة، أو حظر تعديل بعض أحكامه. وظهرت نتيجة هذا الخلاف اتجاهات متمايزة أربعة.

الاتجاه الأول:

ذهب غالبية الفقه الى تجريد هذه النصوص - سواء تضمنت حظر تعديل الدستور في بحر مدة معينة، أو حظر تعديل بعض أحكامه - من كل قيمة قانونية او سياسية[١]. فهذه النصوص هي في حقيقتها نصوصاً ميتة لا يرجى نفعها لمخالفتها طبيعة الأشياء التي تقتضي التغييروالتبديل، فالدستور يكون - وهو القانون الأساسي والأعلى للدولة - قابل للتبديل والتعديل حتى يساير ظروف البيئة والظروف التي يعيشها. هذا فضلاً عن أن حظر التعديل يتنافى ومبدأ سيادة الأمة لأن حظر التعديل يعني حرمان الأمة من اهم عناصر سيادتها[٢] أي مباشرة التعديل.

ويضيف انصار هذا الرأي ان السلطة التأسيسية التي وضعت الدستور في وقت معين لا تستطيع ان تدعي أنها اكثر سمواً من السلطة التأسيسية التي تعبر عن إرادة الأمة في وقت لاحق، فليست الأولى أعلى من الثانية حتى يكون لها حق تقييدها. فكل أمة - كما قرر رجال الثورة الفرنسية في دستور ١٧٩١ - لها الحق الذي لا يمكن سقوطه بمضي المدة في تغيير الدستور «La nation a le droit imprescriptible de changer le sonstitution»[٣]، كما أن كل شعب

(١) ومن انصار هذا الرأي

Julien Laferriere: Manuel de droit constitutionnel 1947, P. 88 et suiv.

(٢) الدكتور عبد الحميد متولي المفصل في القانون الدستوري، ١٩٥٢، ص١٥٢، وما بعدها، والدكتور محمد كامل ليله. القانون الدستوري ١٩٦٧، ص٩٠، وما بعدها.

(٣) Julien Laferriere: Manuel de droit constitutionnel, 1947 P. 288

يكون - كما جاء في وثيقة اعلان حقوق الإنسان والمواطن عام ١٧٩٣ «له دائماً أن يعدل ويغير دستوره، وأن جيلاً من الأجيال لا يملك أن يُخضع لقوانينه الأجيال القادمة» Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa constitution, une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures[١].

وعلى هذا النحو يخلص أنصار هذا الرأي إلى بطلان هذه النصوص وتجريدها من أية قيمة قانونية، فهي لا تتضمن في نظرهم سوى مجرد رغبات وأماني ليس لها صفة الإلزام في المجال القانوني[٢].

الاتجاه الثاني:

٢ - وقد ذهب البعض الآخر من الفقه إلى صحة النصوص السابقة - سواء تلك التي تحظر التعديل في بحر مدة معينة، أو تلك التي تحظر تعديل بعض أحكام الدستور - من الوجهة القانونية دون الوجهة السياسية[٣].

فإذا كانت هذه النصوص من وجهة النظر السياسية تتعارض - بما تتضمنه من حظر التعديل - مع مبدأ سيادة الشعب الذي يقضي بتقرير حق إنشاء وتعديل الدستور للشعب باعتباره صاحب السيادة[٤]، فإن هذه النصوص تكون صحيحة من وجهة النظر القانونية، ومن ثم يجب احترامها والعمل بمقتضاها.

---

(١) Julien Laferriere: Manuel de droit constitutionnel, 1947, P. 288

(٢) ويقول لافريير في هذا الخصوص.

«Des dispositions de ce genre sont de simple voeux des manifestations politiques, mais n'ont aucune valeur juridique».

Julien Laferriere, op. cit, P. 289

(٣) من هؤلاء الدكتور عثمان خليل: المبادىء الدستورية العامة ١٩٥٦ ص٣١، والدكتور فؤاد العطار النظم السياسية والقانون الدستوري ص٢٣٣، والدكتور عبدالفتاح حسن النظام الدستوري في الكويت ١٩٦٨ ص٤٠.

(٤) إذ ما دام الشعب صاحب السيادة، فهو يملك تعديل أو الغاء ما قرره في أي وقت، هذا فضلا عن أن افراد الشعب متغيرون، ومن ثم فلا يجوز لافراد معينين بذواتهم أن يقيدوا أولئك الذين يلونهم عن طريق منع تعديل الأحكام التي يضعونها. فلا يجوز للجيل الحاضر ان يقيد عن طريق منع =

ويستند أنصار هذا الإتجاه لتدعيم رأيهم ، فضلاً عما تقدم،بأنه إذا كان من الثابت والمسلم به أن جميع السلطات مصدرها الأمة ، إلا أن استعمال الأمة لهذه السلطات يجب أن لا يكون إلا على الوجه المحدد والمبين في الدستور ، وبالتالي لا يجوز تعديل الدستور إلا بمقتضى الإجراءات التي رسمها وحددها . فالشعب لا يستطيع أن يزاول حقه في هذا الخصوص إلا عن طريق السلطات القانونية التي أوجدها الدستور ، ولا يتصور عقلاً أن تقدم هذه السلطات على إتيان عمل مخالف لأحكام الدستور[١] إلا إذا كانت تستهدف بهذا العمل القيام بانقلاب أو بثورة[٢] .

على هذا النحو رتب أصحاب هذا الاتجاه على صحة الحظر بعدم التعديل أن كل خروج عليه يعتبر خروجاً على أحكام الدستور وإهدار لقوته ما دام الدستور قائماً لم تسقطه ثورة أو يطيح به انقلاب .

الاتجاه الثالث :

ويمثله الأستاذ George Burdeau من الفقه الفرنسي ،ويذهب إلى وجوب التفرقة بين النوعين السابقين من النصوص التي تحظر التعديل ، أي بين تلك

= تعديل احكام الوثيقة الدستورية الاجيال القادمة » الدكتور فؤاد العطار ، المرجع السابق ص٢٣٣ .

(١) الدكتور فؤاد العطار المرجع السابق، ص٢٣٣ .

(٢) وفي هذا الخصوص يقول الدكتور عثمان خليل « ونحن مع تسليمنا بكل ذلك من حيث الواقع إلا اننا لا نرى من الناحية القانونية البحتة وجهاً للخروج على الحظر المنصوص عليه دستورياً ما دام الدستور قائماً لم يسقط بالثورة أو يعدل بالانقلاب ، ولذلك نتفق مع زميلنا الدكتور عبد الحميد متولي من انصار الاتجاه السابق - في قوله « ان مثل هذه النصوص الجامدة لا قيمة ولا أثر لها من الناحية العملية أو السياسية » ولكننا نخالفه في قوله أن هذه النصوص باطلة قانوناً . . . ولا تخفي الاهمية العملية للفارق بين الرأيين ، فالقول الذي نقوله وأن ترك لواقع الحياة السياسية التحكم في مصير هذه النصوص الجامدة ، إلا انه اذ يعتبرها صحيحة قانوناً يقتضي احترام الناس اياها وحكم المحاكم على مقتضاها ، وإلا لترتب عكس ذلك تماماً وهو ما لا يجوز التسليم به بحال » . مؤلفه سالف الذكر ص٣٢ .

التي تمنع تعديل بعض أحكام الدستور ، وبين تلك التي تمنع تعديل الدستور في بحر مدة معينة .

فبالنسبة للنصوص التي تحظر تعديل بعض احكام الدستور ، يرى بيردو أن هذه النصوص لا يكون لها أية قيمة قانونية ، إذ لا تستطيع السلطة التأسيسية الحالية ان تقيد السلطة التأسيسية المقبلة[١] . أما بالنسبة للنصوص التي تحظر تعديل احكام الدستور في بحر مدة معينة ، فيرى بيردو ان هذه النصوص صحيحة ومشروعة من الناحية القانونية[٢] ويتعين الالتزام بها واحترامها[٣] .

وقد لقي ما قال به الاستاذ بيردو هوى لدى البعض من الفقه المصري ، فقرر ان التفرقة بين الصورتين من صور حظر التعديل أمر يبرر المغايرة في الحكم بينهما[٤] . فحظر تعديل بعض احكام الدستور اطلاقاً يتضمن مصادرة صريحة وابدية لارادة الاجيال القادمة ، وهذا الحظر يلحق بالجمود المطلق الكلي الذي يتفق الجميع على رفضه ، وأن الفارق بين صورة الجمود التي يرفضها بيردو والجمود المطلق الكلي الذي يرفضه الجميع هو فارق في الدرجة فقط ، اذ أن المنع هنا يتعلق ببعض النصوص ، والمنع هناك يتعلق بكل النصوص ، ولكنه منع ابدي في الحالتين . مما يبرر رفضه باعتباره حجراً على المستقبل ، أما الصورة الثانية والتي تمنع التعديل في بحر مدة معينة فهي مشروعة ، وليس هناك من

---

(١) Georges Burdeau, op. cit, P. 84

(٢) Georges Burdeau, op. cit, P. 83 et 85

(٣) ويشير بيردو الى صورة ثالثة من صور الحظر التي عرفتها الدساتير الفرنسية الصادرة عام ١٩٤٦ ، ١٩٥٨ والتي كانت تمنع اي تعديل دستوري في فترات احتلال البلاد أو جزء منها بقوات اجنبية ، ويرى ان هذا الحظر يكون مشروعاً وسليماً من الناحية القانونية اذ تكون ارادة الأمة في هذه الآونة في حالة عجز أو ضعف يبرر حظر التعديل .

G. Burdeau, op. cit, P. 85.

(٤) الدكتور يحيى الجمل ، المرجع السابق ، ص٧٠ .

فارق بينها وبين إبداء الرغبة في التعديل والتصويت على التعديل[1].

وإذا كان ما قال به الأستاذ بيردو قد لقي ترحيباً وتأييداً لدى البعض من الفقه المصري على النحو السابق فلم يسلم بشروعية حظر تعديل بعض أحكام الدستور إطلاقاً وسلم، على عكس ذلك، بشروعية حظر تعديل الدستور في بحر مدة معينة[2]، فإن البعض الآخر من الفقه المصري قد أخذ برأي مخالف، فأقر بشروعية حظر تعديل بعض أحكام الدستور، ولم يقر بشروعية حظر تعديل الدستور خلال مدة معينة، وبمعنى آخر انه أجازها ما رفضه بيردو، ورفض ما أجازه بيردو في شأن حظر التعديل[3].

غير أن البعض من الفقه المصري لم يسلم بالتفرقة السابقة بين الصورتين لحظر التعديل من حيث القيمة القانونية، ورأى أن هذه التفرقة يعوزها المبرر المنطقي أو السند القانوني، ومن ثم لا يمكن - في نظره - إلا التوحيد بين الصورتين في الحكم.

وعليه - يرى هذا الفقه - إما الإقرار ببطلان كل النصوص -التي تحظر تعديل بعض أحكام الدستور، وكذلك تلك التي تحظر تعديل الدستور خلال فترة معينة استناداً إلى مبدأ سيادة الأمة وإلى عدم قدرة السلطة التأسيسية في جيل معين أن تقيد السلطة التأسيسية في الأجيال القادمة كما ذهب إلى ذلك أنصار الإتجاه الأول. وإما الإقرار بصحة هذه النصوص جميعها، والإعتراف لها بصفة الإلزام استناداً إلى أن الأمة يجب أن تمارس سيادتها وفقاً للإجراءات المحددة في الدستور، وفي النطاق الذي رسمه كما ذهب إلى ذلك أنصار الاتجاه الثاني[4].

---

(١) الدكتور يحيى الجمل، المرجع السابق، ص٧٠.
(٢) وقد اعتمد هذا الرأي الدكتور/محمد حسنين عبد العال المرجع السابق ص١٣٤.
(٣) الدكتور طعيمة الجرف، موجز القانون الدستوري، ١٩٧٤ ص١٣٥ - ١٣٦.
(٤) الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص١١٨.

الاتجاه الرابع :

يذهب رأي في الفقه المصري[1] إلى أن النصوص التي تحظر تعديل الدستور في بحر مدة معينة أو تحظر تعديل بعض أحكامه يكون لها ما للنصوص الدستورية الأخرى من قوة قانونية ملزمة ، غير أن هذه النصوص تكون قابلة للتعديل شأن غيرها من النصوص ، فإذا ما تم تعديلها وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في الدستور سقط الحظر الوارد فيها على التعديل ، ومن ثم يمكن تعديل الدستور خلال المدة التي كان محظوراً فيها إجراء التعديل أو تعديل الأحكام التي كانت ممنوعة من التعديل ، فالقيمة الفعلية لهذه النصوص تكمن في كونها مانعاً لإجراء التعديل إلا بعد روية وتفكير وتمحيص.

أياً كان الأمر وأياً كانت وجاهة الحجج والأدلة التي استند إليها أصحاب كل من الاتجاهات الأربعة السابقة[2] ، إلا أننا نميل إلى تأييد الإتجاه الرابع والأخير ، ذلك الاتجاه الذي يقر لهذه النصوص بالقوة القانونية الملزمة شأنها في ذلك شأن غيرها من النصوص الدستورية باعتبارها صادرة عن إرادة السلطة التأسيسية الأصلية في الماضي ومعربة عن سيادة الأمة أو الشعب وقت وضع الدستور.

غير أن الإقرار لهذه النصوص بالقوة القانونية الملزمة أمر لا يترتب عليه

---

(١) الدكتور ثروت بدوي ، المرجع السابق ، ص١١٩ وقد تبنى رأي الدكتور ثروت بدوي المشار اليه في المتن الدكتور ماجد راغب الحلو ، راجع مؤلفه القانون الدستوري ١٩٧٦ ص١٦ ، وص١٧ .

وانظر في هذا الرأي ايضاً من الفقه الفرنسي .

Bernard Chantebout, op. cit, P. 39

(٢) راجع في عرض أوجه الخلاف الفقهي بصدد حظر تعديل الدستور في بحر مدة معينة أو حظر تعديل بعض احكامه .

الدكتور ثروت بدوي المرجع السابق ص١١٤ ، الدكتور رمزي طه الشاعر ، المرجع السابق ، ص٣١٨ ، الدكتور يحيى الجمل ، المرجع السابق ، ص٦٨ ، الدكتور فؤاد العطار ، المرجع السابق ، ص٢٣٢ والدكتور عثمان خليل المرجع السابق ، ص٣١ .

بالضرورة تقييد إرادة السلطة التأسيسية الحالية أو القادمة ، إذ بمقدور هذه السلطات أن تعدل النصوص المتضمنة لحظر التعديل وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في الدستور وبالطريق الذي رسمه ، ثم تلجأ بعد ذلك إلى تعديل الدستور أو الأحكام الدستورية الممنوع تعديلها .

وتأييدنا لهذا الإتجاه يستند إلى اعتبارين ، يكمن أولهما في ضرورة احترام الأعمال الصادرة عن السلطة التأسيسية للأجيال الماضية وذلك بالاعتراف بصحة ومشروعية الأعمال الصادرة عنها دون التنكر لها بالقول ببطلانها وتجريدها من أية قيمة قانونية .

أما الآخر فيكمن في ضرورة احترام إرادة الأجيال الحالية أو المقبلة إذا ما عن لها تعديل الدستور وضرورة التوفيق بين هذه الإرادة واحترام الشكليات المنصوص عليها في الدستور . ولن يتحقق ذلك بطبيعة الحال إلا عن طريق تعديل النصوص المتضمنة للحظر باتباع الإجراءات المنصوص عليها دستورياً .

غير أنه يجب أن يلاحظ أن القيمة الفعلية لهذه النصوص تتوقف أولاً وقبل كل شيء على مدى اتفاقها لحاجات الجماعة وقبولها لدى الرأي الشعبي والاتجاهات السياسية في الدولة ووعيها ومدى رغبتها في الإبقاء على الدستور أو على تعديله أو تبديل أحكامه ، فكم من دساتير نصت على عدم جواز تعديلها قبل مضي خمس أو عشر سنوات ولم يعمل بها إلا قرابة عام ، وكم من دساتير لم تتضمن أي حظر على تعديلها ومع ذلك عمل بها لسنوات طوال[1] .

أياً كان الأمر فإن قاعدة ثابتة ومستقرة يجب أن يحسب حسابها لدى

---

(١) فالدستور المصري الصادر عام ١٩٣٠ قد نص فيه على عدم جواز تعديله الا بعد مضي ١٠ سنوات ومع ذلك لم يدم العمل به الا لخمس سنوات تقريباً . ودستور الجمهورية الفرنسية الثالثة الصادر عام ١٨٧٥ لم يتضمن اي نص يحظر التعديل وعمل به رغم ذلك لمدة ٦٥ عاماً .

مشرعي الدساتير عند وضعهم لها ، وهي أن تطور الحياة وتغيرها من الناحية العملية أمر لا يتمشى مع فرض نصوص دائمة وثابتة ، والرغبة في بقاء الدستور دون تعديل شيء ليس أقوى ـ على كل حال ـ من ظروف الواقع والتطبيق .

الفصل الخامس

طبيعة أحكام الدساتير
وطرق كفالة احترامها

من المسلم به لدى رجال الفقه الدستوري ان الدستور يعلو على ما عداه من القواعد القانونية النافذة فى الدولة. فهو القانون الاسمى في الدولة حيث يعلو ولا يعلى عليه، يستوي أن يكون هذا الدستور عرفياً أو مكتوباً.

وإذا كان مبدأ سمو الدستور يعد بحق من أهم خصائص نظام الدولة القانونية، وإذا كان هذا النظام الأخير يوجب خضوع جميع السلطات الحاكمة للقانون والرضوخ لأحكامه، فإن أول ما يقتضيه مبدأ السمو وجوب تقرير طرق تكفل احترام أحكام الدستور الذي يحتل في الدولة أعلى مدارج النظام القانوني فيها، ومن ثم فلا تجرؤ أي سلطة من سلطات الدولة على خرق نصوصه وانتهاك أحكامه. وإلا غدا مبدأ السمو أمراً نظرياً بحتاً، أو على حد تعبير G. Burdeau لفظاً أجوف Un vain mot[1] غير ذي مضمون.

وسوف نعرض فيما يلي للمقصود بسمو الدساتير، ثم نعقب ذلك بتبيان طرق كفالة احترامها، وتبعاً لذلك سوف نقسم هذا الفصل الى مبحثين متتاليين.

المبحث الأول: في طبيعة أحكام الدساتير «سمو الدساتير».

المبحث الثاني: في كفالة احترام أحكام الدساتير «دستورية القوانين».

---

(١) Georges Burdeau: Droit constitutionnel et institution politiques 1968. P. 95

المبحث الأول
طبيعة أحكام الدساتير
« سمو الدساتير »
[1]La suprematie des Constitutions

قلنا أنه يقصد بسمو الدستور ـ عرفياً كان أو مكتوباً ـ اعتبار الدستور القانون الأعلى في الدولة[2] فيعلو على كل ما عداه من قوانين واعمال[3].

---

(١) انظر في هذا الخصوص:
Georges Burdau, op. cit, p.73. Julien Laferriere, op. cit, p.308. Claude Leclercoq, op. cit, p.88.
ومن الفقه المصري انظر الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص٩٣. الدكتور طعيمة الجرف. المرجع السابق، ص١٢٣. الدكتور يحيى الجمل، المرجع السابق، ص٧٢. الدكتور محسن خليل، المرجع السابق، ص٥٩٧. الدكتور محمد كامل ليل المرجع السابق. ص١١١، الدكتور محمد حسنين عبد العال، المرجع السابق، ص١٠٣، الدكتور محمود حلمي، المرجع السابق، ص٥٤. الدكتور عبد الحميد متولي. القانون الدستوري والانظمة السياسية١٩٦٦، ص١٩٠. الدكتور عبد الفتاح حسن، المرجع السابق. ص٦٥، والدكتور عبدالقادر الجمال، المرجع السابق، ص٤١. وراجع من الفقه السوري الدكتور كمال الغالي المرجع السابق، ص١٢٥.

(٢) Georges Burdeau, op. cit, P. 73
ونلاحظ في هذا الخصوص ان الفقهاء الفرنسيين يستعملون تعبيرات مختلفة للدلالة إلى مبدأ سمو الدستور أو علوه مثل:
La suprematie de la constitution, Le principe de légalité, souveraineté du droit, Empire du droit, Domination de droit, La regne de la loi».
ويستخدم الفقه الانجليزي تعبير «Rule of low».
انظر في ذلك Jacques Cadart, op. cit, P. 147
أما الفقه المصري فهو يستخدم في هذا الخصوص ايضاً تعبيرات مختلفة مثل « سمو الدستور » علو الدستور » « سيادة الدستور ».
ونحن نشايع الكثرة الغالبة من الفقه المصري في استخدامهم لتعبير « سمو الدستور » فهو اكثر دلالة وأعمق في تحديد المرتبة والمكانة العليا التي يحتلها الدستور بين ما عداه من القواعد القانونية النافذة في الدولة.

(٣) الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص٩٣.

وسمو الدساتير[1] من المبادىء المسلم بها لدى الفقه الدستوري حتى لو اغفلت الدساتير النص عليه[2].

ويكمن سمو الدستور فيما يتضمنه من أحكام وقواعد موضوعية - باعتباره القانون الأساسي - ، يتحدد بمقتضاها النظام القانوني في الدولة. فيبين سلطاتها العامة ، والاختصاصات التي تناط بكل منها. وهو إذ يحدد ذلك بقواعد يكون على سلطات الدولة واجب احترامها وعدم مخالفتها فلا تخرج على مقتضاها ، ويطلق على هذا السمو «السمو الموضوعي» وذلك بالنظر إلى موضوع أو مضمون القواعد الدستورية. والسمو بهذا المعنى يتحقق بالنسبة لجميع أنواع الدساتير عرفية كانت أو مكتوبة ، مرنة كانت أو جامدة ، وقد يكمن سمو الدستور فيما يتضمنه من قواعد تحدد طريقة وإجراءات وضعه وتعديله. وهذا السمو يسمى «بالسمو الشكلي» وهو لا يتحقق إلا بالنسبة للدساتير المكتوبة الجامدة.

وإذا كان السمو الشكلي مناطة الشكل والإجراءات التي توضع بها القواعد الدستورية ، فإن هذا السمو يكون نسبياً ، إذ يختلف باختلاف الأنظمة الدستورية في كل دولة ، وباختلاف الشكل والإجراءات التي توضع بها أو

(١) ويجب ان نلاحظ أن مبدأ سمو الدساتير لا يسود إلا في الأنظمة الديمقراطية ويتلاشى في الانظمة ذات الحكم الدكتاتوري إذ لا يعترف الحكام في هذه الانظمة الاخيرة لا بالدستور ولا بغيره من القوانين ، وتتصف أعمالهم غالباً بالعنف والاستبداد.

راجع الدكتور محمد كامل ليله ، المرجع السابق ، ص١١١ ، والدكتور السيد صبري ، المرجع السابق ، ص٢١٨.

(٢) ومن امثلة الدساتير التي نصت على سموها ، دساتير بعض الولايات الأميركية كدستور واشنطن وداكوتا والاريزونا ، ودستور تشيكوسلوفاكيا الصادر عام ١٩٢٠ ، ودستور ايطاليا الصادر عام ١٩٤٨ ، اذ حرصت هذه الدساتير على النص على مالها من قوة عليا تتقيد بها جميع السلطات العامة في الدولة.

انظر في ذلك الدكتور ثروت بدوي ، المرجع السابق ، ص٩٣ ، والدكتور طعيمة الجرف ، المرجع السابق ، ص١٢. وراجع في ذلك أيضاً: Julien Laferriere, op. cit, P. 309.

تعدل بمقتضاها الدساتير[1].

وعلى هذا النحو قد يكون سمو الدستور سمواً موضوعياً وقد يكون سمواً شكلياً. ولتبيان المقصود بالسمو الموضوعي والسمو الشكلي للدستور سوف نقسم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين.

المطلب الأول: في السمو الموضوعي للدستور.
المطلب الثاني: في السمو الشكلي للدستور.

المطلب الأول

السمو الموضوعي للدستور

La suprematie materielle de la constitution

يكمن السمو الموضوعي للدستور في طبيعة ومضمون القواعد الدستورية التي يتضمنها، وكذلك في طبيعة الموضوعات التي يقوم على تنظيمها. فالدستور يعد الركاز الذي يقوم عليه النظام القانوني في الدولة. إذ تحدد قواعده أسس نظام الحكم فيها، وتحديد السلطات العامة بها وكيفية ممارستها لوظائفها، هذا فضلاً عن تحديده للفلسفة أو الأيديولوجية التي يقوم عليها نظام الحكم سواء من الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية.

ولما كان الدستور يعتبر المصدر الأساسي لتحديد النظام القانوني في الدولة فيما يتضمنه من تحديد للهيئات الحاكمة ونشاطها القانوني، فمن البديهي أن يكون للدستور صفة الإلزام بالنسبة لهذه الهيئات، فتتقيد به فيما تمارسه من نشاط داخل إطار الدولة، وإلا كان في خروجها عليه هدم لسند وجودها وأساس نشاطها. ويتبدى السمو الموضوعي للدستور وعلوه على ما عداه من قواعد قانونية في المظهرين التاليين.

---

(1) الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص٩٥.

أولاً : فالدستور يعتبر السند الشرعي لوجود الهيئات الحاكمة في الدولة ، وهو الذي يحدد اختصاصات كل منها . وهو إذ يمنح لها هذه الاختصاصات فإنه يمنحها إياها لا باعتبارها حقاً ذاتياً لها ، وإنما باعتبارها وظائف يجب أن تمارس باسم الدولة ، وما دام أن الدستور هو الذي ينشىء هذه الهيئات وهو الذي يحدد اختصاصاتها وصور نشاطها ، فإن ذلك يؤدي إلى وجوب خضوع هذه الهيئات فيما تمارسه من اختصاصات لأحكام الدستور(١) . والحاكم (أو الهيئة) الذي لا يخضع لأحكام الدستور يهدم السند القانوني لوجوده(٢) وأساس شرعية تصرفاته(٣) .

ثانياً : أن الدستور هو الذي يحدد فكرة القانون السائدة في الدولة ، فهو الذي يحدد كما سبق ورأينا الفلسفة أو الايديولوجية التي يقوم عليها النظام القانوني المطبق سواء من الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية .

ولما كان الدستور هو الذي يحدد الإطار القانوني العام للدولة فيما يتعلق بجميع أوجه النشاط داخلها ، فيكون على الهيئات الحاكمة الالتزام بما رسمه الدستور في هذا الخصوص ، والتقيد ـ فيما تمارسه من أوجه النشاط المنوط بها ـ

---

(١) G. Vedel, op. cit, P. 73, Georges Burdeau, op. cit, P. 74
Julien Laferriere, op. cit, P. 309

(٢) Georges Burdeau, op. cit, P. 74.
ويشير الأستاذ جورج بيردو في هذا الخصوص الى قول الأستاذ Vattel
«C'est de la constitution que ces législateurs tiennent leurs pouvoirs, comment pourraient-ils la changer sans detruire le fondement de leur autorité».

(٣) الدكتور ثروت بدوي ، المرجع السابق ، ص٩٧ .
وراجع في ذات المعنى للدكتور السيد محمد ابراهيم «دستورية القوانين وشرعية اللوائح . في تعليق له على الحكم الصادر من المحكمة العليا في القضية رقم ٤ لسنة ١ ق بجلسة ١٩٧١/٧/٣ مجلة العلوم الادارية السنة ١٣ ، ص١٥٩ وما بعدها .

بالفلسفة أو الايديولوجية التي يستلهمها الدستور ويقوم مرتكزاً عليها، وإلا كان باطلاً كل إجراء أو نشاط صادر عنها يتعارض مع الفلسفة أو الاتجاه السائد في الدولة(١).

النتائج المترتبة على السمو الموضوعي للدستور

يؤدي السمو الموضوعي الدستوري إلى النتيجتين التاليتين.

أولاً: يؤدي السمو الموضوعي إلى تدعيم مبدأ المشروعية في نظر الأفراد، كما يؤدي إلى اتساع نطاقه، فإذا كان هذا المبدأ يعني في مدلوله الضيق احترام القوانين العادية الصادرة عن سلطة التشريع، وإن أي تصرف يتم مخالفاً لهذه القوانين يكون مجرداً من أي أثر قانوني، سواء صدر هذا التصرف من جانب الأفراد أم من جانب سلطات الدولة الإدارية، فإن مبدأ المشروعية يعني في هذا المقام مدلولاً أوسع وأشمل، إذ سيمتد نطاق المشروعية ليشمل القواعد الدستورية فضلاً عن القواعد العادية، وبالتالي يغدو واجباً على جميع سلطات الدولة احترام هذه القواعد الدستورية، إذ يكون من باب أولى - على حد تعبير الاستاذ جورج بيردو - أن يطبق مبدأ المشروعية على التصرفات التي تصدر مخالفة للدستور ولو صدرت عن الحكام في الدولة(٢).

على هذا النحو يؤدي سمو الدستور باعتباره القانون الأعلى في الدولة -

---

(١) ولا يجب ان يفهم من ذلك التنكر لكل فلسفة او ايديولوجية او اتجاه مخالف لتلك الفلسفة التي يقوم عليها ويستلهمها الدستور، فالدستور - وبصفة خاصة في البلاد الديمقراطية - يقف عند حد بيان وجهه النظر الرسمية في هذا الخصوص، اي بيان الفلسفة او الاتجاه الرسمي في الدولة دون ان يهدم او يمنع نهائياً وجود فلسفات مغايرة. غاية الأمر أنها لا تأخذ الصفة الرسمية إلا باتباع الاجراءات التي نص عليها الدستور. فهو يسمح بهذه الفلسفات بأن تحتل مكانها في المعارضة وإن كان ذلك على درجات تتفاوت بتفاوت النظم السياسية.

انظر الدكتور طعيمة الجرف، المرجع السابق ص١٢٧ والدكتور ثروت بدوي المرجع السابق، ص٩٦.

(٢) حيث يقول جورج بيردو:

=

والذي يحدد فكرة وفلسفة القانون فيها - إلى التزام الحكام باحترام أحكامه وقواعده، وإلا كانت التصرفات الصادرة عنهم بالمخالفة لأحكام الدستور وقواعده باطلة أي مجردة من كل قيمة قانونية.

ثانياً: يؤدي السمو الموضوعي إلى منع إمكانية التفويض في الاختصاص، فالدستور حينما يمنح إحدى الهيئات الحاكمة في الدولة اختصاصاً معيناً، فهو يمنعها في ذات الوقت من تفويض ذلك الاختصاص إلى هيئة أخرى، فالاختصاصات المفوضة لا تقبل التفويض عملاً بمبدأ Delegata potestas non delagateur، ويكمن سر تقرير هذا المبدأ في أن الحكام حينما يقومون بوظائفهم لا يمارسون امتيازاً شخصياً لهم أو حقاً ذاتياً يعنيهم، وإنما يمارسون اختصاصات أو وظائف عهد بها إياهم الدستور، فلا يملكون تفويض غيرهم في ممارستها[1]، والدستور إذ يعهد إليهم بتلك السلطات يضع في اعتباره الضمانات التي تترتب على وسائل اختيار الحكام، والطريق الذي يتم بمقتضاه القيام بهذه السلطات أو الاختصاصات، ومن ثم فإنه لا يجوز لأية هيئة حاكمة في الدولة أن تفوض غيرها في ممارسة اختصاصاتها الدستورية، إلا إذا نص الدستور على خلاف ذلك[2]، وأباح التفويض بشكل صريح.

هذا هو المقصود بمبدأ السمو الموضوعي للدستور وأهم النتائج القانونية التي

= «Si tout acte contraire à la loi doit être considere comme dépourvu de valeur juridique a fortiori doit-il aller de meme pour un acte qui violerait la constitution, si cet acte emane des gouvernants, il doit être également considéré comme sans valeur».

Georges Burdeau, op. cit, P. 74.

وراجع في ذلك الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص٩٧.

(١) Georges Vedel, op. cit, P.73, Georges Burdeau, op. cit, P.74.

وانظر ايضاً الدكتور محمد حسنين عبد العال، المرجع السابق، ص١٠٨ والدكتور طعيمة الجرف، المرجع السابق، ص١٢٩، والدكتور كمال الغالي، المرجع السابق، ص١٢٦.

(٢) وعملاً بمبدأ عدم جواز التفويض في الاختصاص تنكر أغلبية الفقه الدستوري لشرعية

يفضي إليها. مناطه اعتبار القواعد الدستورية أسمى القواعد القانونية الموجودة بالدولة فتعلو تبعاً لذلك على ما عداها من القواعد النافذة. كما يوجب هذا المبدأ احترام القواعد الدستورية من جانب جميع الهيئات الحاكمة في الدولة، وإلا فقدت هذه الهيئات سند وجودها وفقدت التصرفات الصادرة عنها سبب شرعيتها وصحتها. والسمو الموضوعي بهذا المعنى يسود - كما سبق وذكرنا - الدولة القانونية سواء كان دستورها عرفياً أو مكتوباً وسواء كان دستورها المكتوب مرناً أو جامداً.

غير أنه يجب أن يلاحظ في هذا الخصوص أن السمو الموضوعي للدساتير والنتائج المترتبة عليه تظل أهميتها مقصورة على المجال السياسي المحض دون المجال القانوني، بمعنى أن إغفال هذا المبدأ قد يؤدي إلى آثار سياسية واجتماعية دون أن يؤدي إلى أية آثار قانونية، كإبطال الأعمال القانونية الصادرة بالمخالفة لأحكام الدستور[1]. إن مبدأ سمو الدساتير لا ينتج أثره القانوني ما لم تنظم طرق أو وسائل تكفل احترامه - حتى يمكن تقرير إبطال كل ما يصدر في الدولة من أعمال بالمخالفة لهذا المبدأ - أي بتنظيم رقابة على دستورية القوانين. ولا يتصور تنظيم هذه الرقابة ما لم يتحقق للدساتير السمو الشكلي بجانب سموها الموضوعي، فتعمل السلطات التأسيسية الأصلية حين تضع الدساتير على أن تحيط تعديلها أو إلغائها بضمانات تجعلها بمنأى عن يد السلطات العامة وبصفة خاصة السلطة التشريعية.

= اللوائح التفويضية أي المراسيم بقوانين التي تصدر عن السلطة التنفيذية بناء على تفويض من السلطة التشريعية وفي الحدود التي يقررها إلا إذا تضمن الدستور نصاً صريحاً يجيز هذا التفويض.

Georges Burdeau, op. cit, P. 74.

وانظر ايضاً الدكتور كمال الغالي، المرجع السابق، ص١٢٦ هامش ٢ وراجع له ايضاً بحث في التشريع الحكومي ودراسة عن الاتجاهات المعاصرة في القانون العام المقارن دمشق ١٩٦٢).

والدكتور عبد الحميد متولي: القانون الدستوري والانظمة السياسية ١٩٦٦ ص١٩٥، ١٩٦.

(١) في هذا المعنى انظر الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص٩٨، ٩٩. الدكتور محمد كامل ليله، المرجع السابق ص١١٤، الدكتور محمد حسنين عبد العال، المرجع السابق، ص١٠٨.

وإذا كان مبدأ سمو الدساتير لا ينتج آثاره القانونية ولا يتحقق له الفاعلية الا إذا لازم السمو الموضوعي للدساتير سمو شكلي، فما هو المقصود في هذا المقام بالسمو الشكلي للدساتير؟

المطلب الثاني

السمو الشكلي للدساتير

La suprematie formelle des constitutions

قلنا إن السمو الموضوعي للدساتير وإن كان يرتبط بمضمون القواعد التي تتضمنها وجوهرها ، إلا أن هذا السمو يكون ذا طابع سياسي محض فلا يكون له طابع قانوني .

أما السمو الشكلي للدساتير فهو لا يتحقق إلا إذا كان تعديل الدساتير يتطلب اتباع إجراءات خاصة (أكثر تعقيداً) تختلف عن إجراءات تعديل القوانين العادية . وتبعاً لذلك قلنا إنه إذا كان السمو الموضوعي يتحقق بالنسبة لجميع الدساتير،لأنه يتعلق بمضمون القواعد التي تتضمنها ، عرفية كانت هذه الدساتير أو مكتوبة ، مرنة كانت أو جامدة . فإن السمو الشكلي لا يتحقق إلا بالنسبة للدساتير الجامدة ، حيث تخضع هذه الدساتير الأخيرة بشأن تعديلها لإجراءات مغايرة لإجراءات تعديل القوانين العادية ، وهنا تظهر التفرقة بين القواعد الدستورية والقواعد القانونية العادية ، فهذا الجمود هو الذي يعطي للقواعد الدستورية مركزاً أسمى ووضعاً أعلى بين ما عداها من القواعد القانونية النافذة ، فصفة الجمود إذن تسمو بقدر الدساتير وتجعلها القوانين العليا في البلاد[1] .

---

(١) Georges Burdeau, op. cit, P. 76

انظر الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص٩٩ .

وإذا كان السمو الشكلي يتحقق فقط في الدساتير الجامدة، حيث يستند هذا السمو إلى الشكل والإجراءات التي تتبع بشأن وضع هذه الدساتير وتعديلها، فإن هذا السمو يتحقق بالنسبة لسائر القواعد الدستورية التي يتطلب لوضعها وتعديلها ذات الشكل والإجراءات. وتبعاً لذلك يمتد السمو الشكلي إلى جميع القواعد التي تحتويها وثيقة الدستور بصرف النظر عن موضوع هذه القواعد ومضمونها. وبمعنى آخر إن هذا السمو يمتد إلى القواعد الدستورية شكلاً لا موضوعاً شأنها في ذلك شأن القواعد الدستورية شكلاً وموضوعاً، وعلى العكس من ذلك لا يمتد السمو الشكلي إلى القواعد القانونية الصادرة عن المشرع العادي حتى لو كانت هذه القواعد دستورية من حيث الجوهر أو المضمون، بأن كانت تعالج موضوعات دستورية، إذ العبرة في السمو بشكل القاعدة لا بجوهرها أو بمضمونها[1].

وتبعاً لما سبق يلاحظ ان السمو الشكلي للدساتير وعلو القواعد الدستورية على القواعد الاخرى المطبقة في الدولة لا يمكن ان يتحقق بالنسبة للدساتير المرنة، إذ سبق ورأينا عند تعرضنا لهذه الدساتير ان السلطة التشريعية تستطيع تعديلها بذات الاجراءات التي تتبع بشأن تعديل القوانين العادية الصادرة عنها[2]. فتستطيع هذه السلطة ان تخرج على الدستور فتخالف احكامه فيما تسنه من قواعد قانونية، دون ان يترتب على هذا الخروج او

---

(١) الدكتور ثروت بدوي المرجع السابق ص١٠٠.

وقد اشار جورج بيردو في هذا الخصوص الى ان القاعدة المقررة في الدستور السويسري والتي تقضي بحظر ذبح الحيوانات هي قاعدة دستورية شكلا لا موضوعاً لأنها لا تتعلق بنظام الحكم في الدولة، ولما كان السمو الشكلي يعتمد على الشكل والاجراءات دون الجوهر، فيكون لهذه القاعدة سمو على ما عداها من القواعد القانونية العادية.

Georges Burdeau, op. cit, P. 76.

(٢) الدكتور عبد الفتاح حسن، المرجع السابق، ص٦٥، والدكتور محمد حسنين عبد العال المرجع السابق، ص١٠٩

Georges Burdeau, op. cit, P. 76.

تلك المخالفة أية آثار قانونية. إذ تعد القواعد المخالفة في هذا الخصوص لأحكام الدستور معدله لها. وهو ما يكون بمقدور السلطة التشريعية في الدول ذات الدساتير المرنة.

الدساتير المرنة إذن وان تحقق لها السمو الموضوعي إلا انه لا يتحقق لها السمو الشكلي. فالسمو الشكلي - فضلا عن السمو الموضوعي - لا يثبت إلا إذا احتل الدستور مكانة اعلى من القوانين العادية في التدرج الهرمي للنظام القانوني، وهو ما لا يكون إلا بالنسبة للدساتير الجامدة دون غيرها من الدساتير المرنة.

التفرقة بين القوانين الدستورية والقوانين العادية.

انتهينا الى ان سمو الدساتير من الناحية الموضوعية يكمن في طبيعة القواعد التي تتضمنها والموضوعات التي تعمل على تنظيمها، وإن سموها من الناحية الشكلية يكمن في تطلب اجراءات خاصة بشأن تعديلها تختلف عن الاجراءات التى تتبع بشأن تعديل القوانين العادية.

ونتيجة لهذا السمو فان القوانين الدستورية تختلف عن القوانين العادية من حيث الموضوع ومن حيث الشكل.

١ - فمن حيث الموضوع يختلف مضمون القواعد الدستورية عن مضمون القواعد العادية في ان القواعد الأولى هي التي تبين نظام الحكم في الدولة وتحدد السلطات العامة بها وتحدد لها اختصاصاتها وكذلك مدى سلطة الدولة ازاء الافراد، هذا فضلا عن أن هذه القواعد هي التي تحدد الاطار الفلسفي أو الايدلوجي الذي تعايشه سلطات الدولة وتعمل من خلاله، وبمعنى آخر تحدد الاطار القانوني للدولة، أما القواعد الاخرى (قواعد القانون العادي) فهي تعالج موضوعات أقل خطورة من تلك التي تعالجها القواعد الدستورية مثل قواعد القانون المدني، الجنائي، الاداري، الخ[١].

---

(١) انظر الدكتور عثمان خليل، المرجع السابق، ص٣٥، الدكتور محمد كامل ليله، المرجع السابق، ص١١٣، والدكتور السيد صبري، المرجع السابق، ص٢١٩.

٢ - أما من حيث الشكل فتختلف القواعد الدستورية -في ظل الدستور الجامد- عن القواعد العادية من حيث تعديلها، حيث تخضع الأولى لقواعد واجراءات خاصة اكثر تعقيداً من تلك التي تتبع في شأن تعديل الأخرى على نحو ما سبق أن بينا بشأن موضوع تعديل الدساتير.

ويترتب على التفرقة السابقة بين القانون الدستوري والقوانين العادية عدة نتائج[١] أهمها.

١ - القوانين الدستورية تكون أكثر ثباتاً من القوانين العادية:

تتميز القوانين الدسورية بكونها أكثر ثباتا من القوانين العادية، وذلك أمر بديهي يحتمه منطق الأشياء، اذ ما دامت القوانين الاولى تتطلب لتعديلها إجراءات أشد وأقسى من تلك التي تتبع في شأن تعديل القوانين الأخرى، فإن ذلك يؤدي بها - حتماً - إلى الثبات، ويجعلها بالتالي أكثر استقرارا.

غير أنه يجب أن نلاحظ أن ثبات القوانين الدستورية واستقرارها أمر نسبي غير مطلق[٢]، وإلا أدى ذلك إلى الجمود والابتعاد بالدساتير عن مقتضيات التطور ومعايشة ظروف البيئة سياسياً واجتماعياً واقتصادياً على نحو ما سبق ورأينا عند دراستنا لموضوع جمود الدساتير.

٢ - القوانين الدستورية لا تلغى الا بقوانين دستورية مماثلة.

لما كانت القوانين الدستورية اسمى من القوانين العادية وتعلوها، حيث تحتل القوانين الأولى مكان الصدارة بين ما عداها من القواعد القانونية، فإنه لا يمكن تعديلها او الغاؤها إلا بقوانين لها ذات المكانة ونفس الدرجة، ويعني

---

(١) انظر في ذلك الدكتور عثمان خليل، المرجع السابق، ص٣٦، الدكتور محسن خليل، المرجع السابق، ص٥٩٨، الدكتور محمد كامل ليله، المرجع السابق، ص١١٧، الدكتور أحمد عبد القادر الجمال، المرجع السابق، ص٤٢.

(٢) Georges Burdeau, op. cit. P. 77

ذلك أن القوانين العادية لا يكون بمقدورها تعديل القوانين الدستورية، لأن القوانين العادية أقل مرتبة من القوانين الدستورية. فالقاعدة في هذا الخصوص أن القانون الأدنى لا يستطيع أن يعدل أو يلغي قانوناً أسمى منه.

ومن الجدير بالذكر في هذا الخصوص ان ننوه بأن قاعدة عدم جواز الغاء القانون الدستوري إلا بقانون دستوري آخر هي وليدة الثورة الفرنسية. قصد بتقريرها من جانب رجال الثورة تأكيد مبدأ سمو القوانين الدستورية على غيرها من القوانين العادية[1]. واذا كان من المسلم به ان القانون الدستوري لا يلغى الا بقانون دستوري آخر باعتباره الطريق العادي والقانوني لالغاء الدساتير، فان القانون الدستوري قد يتم الغاؤه ايضاً بالطريق الفعلي اي عن طريق الثورة او الانقلاب. ولسوف نرى، انه تبعاً للفقه الراجح، ان الدستور يسقط بمجرد قيام الثورة ونجاحها.

٣ - عدم جواز تعارض القوانين العادية مع القوانين الدستورية

يترتب على التفرقة بين القوانين الدستورية والقوانين العادية وإعطاء القوانين الأولى المنزلة العليا ومكان الصدارة على سواها من القوانين السائدة في الدولة[2]، انه لا يجوز لهذه القوانين الأخيرة ان تخالف احكام الدستور، إذ يجب

---

(١) الدكتور محمد كامل ليله، المرجع السابق، ص١١٧، الدكتور عثمان خليل، المرجع السابق، ص٣٧.

(٢) راجع في مكانه القانون الدستوري من النظام القانوني للدولة.

Pierre Pactet, op. cit, P. 39, G. Vedel, op. cit, P. 74, Jacques Cadart, op. cit, P. 147.

هذا ويلاحظ ان التفرقة بين القوانين الدستورية والقوانين الأخرى واحتلال الأولى للمكانة العليا بين القواعد القانونية) ليست حديثة العهد، إذ ترجع في نشأتها الى فقه مدرسة القانون الطبيعي في القرنين السابع عشر والثامن عشر، حيث اعتبر فقهاء هذه المدرسة أن الدستور عمل أصيل وخلاق ويجب أن تخضع له كل مظاهر النشاط الحكومي باعتبارها اعمال =

ان تصدر القوانين العادية في نطاق الأحكام التي تتضمنها القوانين الدستورية وإلا كان في ذلك خروجاً من السلطة التشريعية عن حدود سلطاتها ، وغدت القوانين الصادرة عنها في هذا الخصوص غير دستورية وباطلة[1]، ويلاحظ انه وإن كانت بعض الدساتير قد حرصت على النص على تقرير البطلان بالنسبة للقوانين التي تصدر بالمخالفة لأحكامها[2] ، فإنه من الثابت فقهاً أن تقرير هذا البطلان لا يحتاج لمثل هذا النص ، بل إنه أمر يتقرر ضمناً كنتيجة منطقية لفكرة جمود الدساتير[3].

غير انه قبل التعرض لمسألة بحث دستورية القوانين ، او طرق كفالة احترام الدساتير،ينبغي ان نعرض لمسألة احتدم حولها الجدل واختلف في شأنها الفقه وهي مدى القيمة القانونية للمبادىء والأحكام التي تتضمنها اعلانات الحقوق

= صادرة عن سلطات تابعة انشأها القانون الاساسي أي الدستور ، وبالتالي فإن أعمال السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية يجب أن تخضع للدستور باعتبارها أدنى منه مرتبة . ومن هنا كان ظهور فكرة تدرج الأعمال القانونية في الدولة واحتلال الدستور المكانة العليا في هذا التدرج .

انظر في ذلك الدكتور ثروت بدوي ، المرجع السابق ، ص٩٩ ، الدكتور محمود حلمي المرجع السابق ، ص٤٢ .

(١) Julien Laferrière op. cit, P. 309.
Georges Vedel, op. cit, P. 72, 74.
Jean Marie Auby et Robert Ducos Ader: Cours élémentaire. Droit economie, Droit public, Droit constitutionnel, libertes publiques. Droit administratif, 1974, P. 21.

(٢) وقد عملت الكثير من الدساتير على تقرير هذا المبدأ ، فنصت المادة الأولى من الدستور التشيكوسلوفاكي ١٩٢٠ . على أنه

«Les lois qui contredisent la charte constitutionnelle ou ses parties et les lois la modifiant ou la completant sont nulles»

ونصت المادة ١٠٦ من دستور لتوانيا Lithuanie على أنه :

Les lois contraires à la constitution sont nulles et non avenues

راجع من ذلك Julien Laferriere, op. cit, P. 309

(٣) Julien Laferriere, op. cit, P. 309

ومقدمات الدساتير، لاتصال هذه المبادىء والأحكام بموضوع الدستورية.

القيمة القانونية للمبادىء التي تتضمنها اعلانات الحقوق ومقدمات الدساتير[1]

يثور التساؤل بشأن مبدأ علو الدستور وسموه على غيره من القواعد القانونية المطبقة في الدولة، عن مدى القيمة القانونية للمبادىء والأحكام التي تتضمنها اعلانات الحقوق ومقدمات الدساتير؟

وإعلانات الحقوق عبارة عن وثائق تسجل فيها الثورات عادة أصولها الايديولوجية الجديدة، وما يجب أن يسود في المجتمع الجديد من مبادىء سياسية كانت أو اجتماعية أو اقتصادية حتى يعرف كل فرد، حاكماً كان أو محكوماً، ما يطبقه النظام الجديد وما يستلهمه من فلسفات[2]. وعادة لا تريد الثورات أن تجعل المبادىء التي تتضمنها الوثائق الصادرة عنها حبيسة إطار الدولة التي قامت فيها، وإنما تعمل على نشرها في غيرها من الدول حتى تكون هذه الإعلانات وسيلة لتقدم المواطن ورفاهيته وتقديس حقوقه وإعلائها[3]، ومن أشهر إعلانات الحقوق (هو إعلان حقوق الإنسان والمواطن) الذي أصدرته

(١) انظر على وجه الخصوص

Julien Laferriere, op. cit, P. 46 et suiv. André Hauriou, op. cit, P. 193 et suiv, Georges Burdeau, op. cit, P. 67 et suiv, Michel Henry Fabre, op. cit, P. 159 et suiv. Bernard chantebout, op. cit, P. 43 et suiv., Benoit Jeanneau, op. cit, P. 47 et suiv.

ومن الفقه المصري انظر الدكتور محسن خليل، المرجع السابق، ص٣٢٤، الدكتور مصطفى ابو زيد، المرجع السابق، ص١٨٦، والدكتور محمد كامل ليله: الرقابة على اعمال الادارة (الرقابة القضائية) ١٩٦٧ - ١٩٦٨، ص٢٢.

(٢) Georges Burdeau, op. cit, P. 68, Bernard Chantebout, op. cit, P. 43.

(٣) ويشير الأستاذ André Hauriou إلى ان الحرص على حماية حقوق الانسان وتأكيدها قد تجاوز حدود الدولة إلى نطاق اوسع، فامتد الى النطاق الدولي، اذ أقرت الجمعية العامة التابعة =

الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩[١]. والذي اعتبر كمقدمة للدستور الفرنسي الصادر عام ١٨٩١، كما تضمنت مبادئه مقدمة كل من دستور عام ١٩٤٦ ودستور عام ١٩٥٨[٢] الفرنسي.

ولم يكن إعلان الحقوق الصادر عن الثورة الفرنسية أقدم الإعلانات من هذا النوع وجوداً، فقد عرفت أميركا إعلانات الحقوق، وانتشرت فيها عقب نجاح الثورة الأميركية عام ١٧٧٦ وإعلان استقلال الولايات المتحدة عن انجلترا، وكان أول هذه الإعلانات ظهوراً هو إعلان الحقوق الصادر عن ولاية فرجينيا في ١٢ يونيو عام ١٧٧٦[٣] والذي اعتبر كنموذج احتذته غيرها من الولايات الأميركية.

ويرى الأستـــاذ André Hauriou[٤] أن إعـــلانـــات الحقوق ذات نشأة أميركية، وذلك على الرغم من أن انجلترا كانت أسبق في معرفة هذه الوثائق، إذ صدر فيها ملتمس الحقوق Petition des droits عام ١٦٢٨ والقانون الذي قرر ضرورة إحضار جسم السجين Habeas corpus act الصادر عام ١٦٧٩ وقانون الحقوق Bill of rights الصادر عام ١٦٨٩.

= لمنظمة الامم المتحدة اعلاناً عالمياً لحقوق الانسان في ١٠ ديسمبر ١٩٤٨ وقد أنشئت لهذه الغاية لجنة اطلق عليها لجنة حقوق الانسان، كما أقر المجلس الاوروبي عام ١٩٥٠ اتفاقاً اوروبياً لحماية حقوق الانسان وحرياته الاساسية. انظر: André Hauriou, op. cit, P.194.

(١) إذ عمل القائمون بالثورة الفرنسية على تسجيل الفلسفة أو الايديولوجية التي اعتنقتها الثورة بعد القضاء على الملكية المطلقة. وقد تضمنت هذه الوثيقة نوعين من الأحكام: الأولى خاصة بحقوق الأفراد الأساسية، والأخرى حددت المبادىء أو الأصول التي يقوم عليها نظام الحكم السياسي كمبدأ سيادة الأمة ومبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ مسؤولية السلطات العامة

انظر Julien Laferriere, op. cit, P. 49 et suiv.

(٢) André Hauriou, op. cit, P. 194, Georges Burdeau, op. cit, P. 68 Benoit Jeanneau, op. cit, P. 47 Michel Henry Fabre, op. cit, P. 160

(٣) Michel, Henry Fabre, op. cit, P. 160, André Hauriou, op. cit, P. 194

(٤) André Hauriou, op. cit, P. 193

غير أن هذه الاعلانات (الانجليزية) تختلف اختلافاً كبيراً عن الاعلانات الاميركية والاعلان الفرنسي، إذ كانت الاعلانات الانجليزية لها طابع خاص ومحدود[1]، حيث اهتمت بحقوق المواطن الانجليزي دون أن تهتم بحقوق الانسان بصفة عامة[2].

وقد انتشرت موجة إعلانات الحقوق[3] عقب الحرب العالمية الأولى. فقد

---

(١) André Hauriou, op. cit, P. 193.

(٢) Julien Laferriere, op. cit, P. 55

(٣) وقد اختلف الفقه الفرنسي نتيجة لسبق ظهور فكرة اعلانات الحقوق قبل اصدار الاعلان الفرنسي الصادر عام ١٧٨٩ حول المصدر أو المنبع الذي استقى منه هذا الاعلان وقد ظهر نتيجة هذا الخلاف اتجاهات عدة متباينة.

الاتجاه الاول: ذهب البعض الى ان المصدر الأساسي لاعلان الحقوق الصادرة عن الثورة الفرنسية هو اعلانات الحقوق الاميركية إذ تضمنت هذه الوثائق العديد من الحقوق والحريات الفردية التي وردت في اعلان الحقوق الفرنسي، وبذات الصيغة التي اتصفت بالعموم والتجريد، وكان للاعلانات الاميركية تأثير على الفكر الفرنسي حتى إن الذي اقترح على الجمعية الوطنية الفرنسية اصدار اعلان الحقوق La Fayette، الذي شارك في حرب التحرير الاميركية، الأمر الذي أدى بالاستاذ Jellinek الى القول بأن اعلانات الحقوق الاميركية هي المصدر الذي استوحت منه الثورة الفرنسية إعلانها بما اشتمل عليه من فكر ومضمون.

وقد تبنى هذا الاتجاه من الفقه الفرنسي Georges Burdeau, op. cit, P. 67.

ومن الفقه المصري الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي، انظر مؤلفه النظام الدستوري للجمهورية العربية المتحدة ١٩٦٦، ص١٩٠.

غير أن الفقه الفرنسي لم يسلم بما ذهب اليه هذا الاتجاه ولم يعترف - دون التنكر للأثر الذي احدثته الاعلانات الاميركية - بأن اعلانات الحقوق الاميركية هي التي ادت الى اصدار الاعلان الفرنسي، ورأى الاستاذ لافريير ان الشعور بالحاجة الى هذا الاعلان هو الذي دفع الى اصداره اذ يقول في هذا الخصوص:

«Le besoin d'un tel document était très generalement ressenti: «de la necessité d'etablier une declaration des droits de l'homme».

راجع في عرض هذا الاتجاه ونقده.

Julien Laferriere, op. cit, P. 55

الاتجاه الثاني: اتجه البعض الى القول بان اعلان الحقوق الصادر عن الثورة الفرنسية انما يجد اساسه في الوثائق الانجليزية مثل. ملتمس الحقوق Petition of rights عام ١٦٢٨ وقانون الحقوق Bill of rights عام١٦٨٩، إذ جاء اعلان الحقوق الفرنسي متضمناً لعديد من الحريات =

= التي نص عليها في هذه الوثائق الانجليزية على ان الفقه الفرنسي لم يسلم بما ذهب اليه هذا الاتجاه إذ لاحظ الأستاذ لافريير ان هذه الوثائق تختلف عن الاعلان الفرنسي من حيث المضمون ، إذا اهتمت الوثائق الانجليزية بحريات المواطن الانجليزي وبحقوقه فكان لها طابع خاص ومحدود .

un caractère beaucoup plus particulier et concret

Andre Hauriou op. cit, P. 193.

وراجع في عرض هذا الاتجاه ونقده .

Julien Laferriere, op. cit, P. 55

الاتجاه الثالث : اتجه البعض من رجال الدين البروتستانت الى ان اعلان الحقوق الصادر عن الثورة الفرنسية قد وجد مصدره في الافكار الصادرة عن حركة الاصلاح الديني ،وعلى هذا النحو ربط الالمان البروتستانت اعلان الحقوق بافكار لوثر Luther وربطه الفرنسيين البروتستانت بافكار Calvin . فاعلان الحقوق قد ارتبط إذن بالفكر الاصلاحي الذي ساد خلال القرن السابع عشر .

الاتجاه الرابع : وهو يمثل الاتجاه السائد في الفقه الفرنسي ويخلص انصاره الى ان اعلان الحقوق يرجع الى الفكر الفلسفي السياسي الذي ساد خلال القرن الثامن عشر ،أي إلى افكار منتسكيو وجان جاك روسو والفيزوقراط.

انظر في عرض الاتجاهين الآخرين .

Julien Laferriere op. cit, P.P. 55 et 56.

وقد شايع الاستاذ Andre Hauriou هذا الاتجاه فأبان عن ان مصدر اعلانات الحقوق يجب البحث عنه بصفة مباشرة في الفلسفة السياسية التي سادت القرن الثامن عشر وهو أمر تجمع عليه كل المذاهب حتى المذهب الفدروقراطي ، أما عن الأصل المشترك الذي قامت عليه هذه المذاهب واستوحت منه افكارها فتكمن في فكرة القانون الطبيعي Droit naturel (نتاج فكر مدرسة القانون الطبيعي وحقوق الانسان) ،وفكرة العقد الاجتماعي أو الفكرة التعاقدية للمجتمع التي قال بها لوك وتبناها وعمل على نشرها الفقيه الانجليزي بلاكستون Blackstone في المستعمرات الانجليزية (هذا بالاضافة الى غيرها من الأفكار التي ضمنها مؤلفاته والتي احتوت على قائمة بالحرية الفردية والتي يمكن اعتبارها الاصل المباشر لاعلان الحقوق الصادر في ولاية فرجينيا عام ١٧٧٦ أولى اعلانات الحقوق الامركية)

Andre Hauriou, op. cit, P. 196 et suiv.

الاتجاه الخامس : يرى الاستاذ Laferriere ان مصدراً ما بين المصادر السابقة منفرداً والتي قال بها الفقه . لم ينتج عنه اعلان الحقوق الصادر عن الثورة الفرنسية فهذا الاعلان كان نتاج هذه المصادر جميعاً ، فصدر متأثراً بمضمونها ، وإذا كان هذا الاعلان قد اعتمد اعتماداً مباشراً على فلسفة المذهب الحر ، فان ذل لا ينفي بحال مساهمة المصادر الأخرى في نشأة هذا الاعلان .

=

اهتمت الدساتير الأوروبية الجديدة بهذه الإعلانات، وذلك مثل دستور فيمر الصادر عام ١٩١٩ وغيرها من الدساتير التي ظهرت الى الوجود عقب عام ١٩٤٥[1].

وإزاء انتشار هذه الإعلانات وذيوعها تساءل الفقه الدستوري عن القيمة القانونية للمبادىء والأحكام التي تضمنتها هذه الإعلانات ورددتها مقدمات الدساتير. واهتم الفقه الفرنسي بصفة خاصة بتحديد القيمة القانونية للمبادىء والأحكام التي تضمنها إعلان الحقوق الصادر عن الثورة الفرنسية ومركزها بالنسبة للقواعد القانونية النافذة في الدولة.

وقد اختلف الفقه الفرنسي في هذا الخصوص اختلافاً بيناً نتج عنه اتجاهات ثلاثة متمايزة: فذهب الأول الى الاعتراف لاعلانات الحقوق بقيمة قانونية تفوق قوة النصوص الدستورية، وذهب الثاني ـ على العكس من ذلك ـ إلى اهدار كل قيمة قانونية لهذه الاعلانات فهي ليست الا مبادىء فلسفية مجردة من اي قيمة الزامية، أما الثالث فقد وقف موقفاً وسطاً بين الاتجاهين السابقين فأعطى لاعلانات الحقوق قيمة قانونية تعادل قيمة النصوص التي يتضمنها الدستور ذاته.

الاتجاه الأول: اعلان الحقوق اعلى من الدستور

يخلص هذا الاتجاه في ان لاعلانات الحقوق قيمة قانونية تفوق القواعد الدستورية وتعلوها[2]. وقد أدى هذا القول ببعض انصار هذا الاتجاه الى تقسيم

= انظر Julien Laferriere, op. cit, P. 56 et suiv.
وأنظر ايضاً في عرض هذه الأفكار الدكتور مصطفى ابو زيد فهمي، المرجع السابق، ص١٨٩.

(١) André Hauriou, op. cit, P. 194, Georges Burdeau, op. cit, P. 88.

(٢) Duguit: Droit sonctitutionnel 2 ed. III. P.561.

القواعد القانونية في الدولة الى ثلاث درجات، القواعد التي تضمنتها اعلانات الحقوق في اعلاها، ثم يليها الدستور، ثم في النهاية القانون العادي[١].

وتبعاً للرأي السابق رأى الأستاذ Duguit أن لإعلانات الحقوق قوة عليا، فهي لا تقيد المشرع العادي فحسب، وإنما تقيد أيضاً المشرع الدستوري[٢]. فإعلان الحقوق يجب أن يحترم ليس فقط من جانب المشرع العادي، وإنما أيضاً من جانب المشرع الدستوري.

وقد انضم الى هذا الاتجاه وذاع عنه اثنان من كبار الفقه الدستوري هما Sieyes, Dupont de nemours[٣].

على أن ما خلص اليه أنصار هذا الاتجاه مردود إذ لا يوجد تبعاً لمبدأ تدرج القوانين سوى درجتان، الأولى تحتلها القوانين الدستورية، بينما تحتل الثانية القوانين العادية[٤] فليس هناك إذن ما يعلو الدستور في المرتبة، ومن ثم فلا يمكن أن نقر لاعلانات الحقوق بصفة القوانين التي تعلو او تسمو على الدستور «Supra Constitutionnelle».

وقد لقي هذا الاتجاه معارضة شبه إجماعية من جانب فقهاء القانون الدستوري، حتى أن بعضهم لا يذكر هذا الإتجاه بالإشارة ولو على سبيل التلميح عندما يعرض لهذا الموضوع. وقد أبان الفقه عن التناقض الذي هوى فيه دعاة هذا الاتجاه، والقائلين بأن لإعلانات الحقوق قيمة قانونية تعلو القواعد الدستورية، بالقول إنه إذا كانت السلطة التأسيسية الأصلية ـ ممثلة في الجمعية الوطنية ـ هي التي وضعت إعلان الحقوق فهي أيضاً التي وضعت

---

(١) «Il y a trois categories de lois hierarchisant les declarations des droits le lois constitutionnelle et les lois ordinaires». Duguit, op. cit, p.561.

(٢) Duguit, op. cit, P. 561.

(٣) إذا أشار هذا الفقه الى أن «اعلان الحقوق الصادر عام ١٧٨٩ يعتبر القانون الاساسي لكل القوانين الموجودة في وطننا (فرنسا)، وهو بهذه الصفة يجب ان يستمر على مدى الاجيال».
انظر في ذلك الدكتور مصطفى ابو زيد، المرجع السابق، ص١٩٤.

(٤) Julien Laferriere, op. cit, P. 343

الدستور ، فعلى أي أساس يمكن القول ـ وهو ما يؤدي إليه منطق هذا الاتجاه ـ بأن إرادة هذه السلطة في الحالة الأولى ، وهي تضع إعلان الحقوق ، أعلى وأقوى من إرادتها ذاتها في الحالة الثانية ، وهي تضع الدستور . وما هو الأساس القانوني الذي يجعل إرادتها بالأمس ، وهي تضع الإعلان . تقيد إرادتها اليوم(١) وهي تضع الدستور . إن ذلك يتعارض مع ما نص عليه إعلان الحقوق الصادر عام ١٧٩٣ «أن الأجيال الحالية لا تستطيع أن نُخضع عن طريق القوانين الصادرة عنها الأجيال المقبلة »(٢).

ان هذا الاتجاه في اعتقادنا ، وإن كان مقبولا من الناحية العاطفية لرجال الثورة الفرنسية وهم يضعون اعلان الحقوق ، بعد عهد الملكية المطلق وما ساده من انتهاك لحقوق المواطن ، لا يكون مقبولا من الناحية القانونية ، لذلك فهو لم يلق سوى الرفض الصريح من جانب غالبية رجال الفقه الوضعي .

الاتجاه الثاني: اعلان الحقوق مجرد مبادىء فلسفية ليس لها قيمة قانونية:

يرى أنصار هذا الاتجاه أن المبادىء التي تضمنها إعلان الحقوق الصادر عن الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ ليست في حقيقتها سوى مبادىء فلسفية مجردة من أية قيمة قانونية ، فهي لا تتمتع بصفة الإلزام التي تتمتع بها قواعد القانون الوضعي .

ومن أقطاب هذا الاتجاه الفقيه الكبير R. Carré de Melberg(٣) ، إذ ذهب إلى أن هذه الإعلانات لا يكون لها ما يكون للقانون الوضعي من صفة الإلزام ، فهي لا تتشابه معه ولا تعادله في القوة القانونية . إذ لا تعدو المبادىء التي تضمنها إعلان ١٧٨٩ ان تكون سوى مبادىء عقائدية فلسفية استوحاها

---

(١) Julien Laferriere, op. cit, P. 334.
وراجع في ذلك ايضاً الدكتور مصطفى ابو زيد المرجع السابق ص١٩٤

(٢) «Une generation ne peut assujettir a ses lois les generations futures»

(٣) R. Carre de Melberg: contribution à la théorie Generale de l'Etat 1922, T. II P. 581

من مبادىء القانون الطبيعي ، وهي ذات المبادىء التي أخذ بها بعد ذلك الدستور الفرنسي عام ١٧٩١ .

وقد شايع الأستاذان Esmein[١] وJulien Laferriere[٢] هذا الاتجاه ، فلا يرى كل منهما أن للمبادىء التي تضمنها إعلان الحقوق الفرنسي أية قوة ملزمة. فهذا الإعلان لا يعدو أن يكون مجرد إعلان للمبادىء Une déclaration des principes. وهذه المبادىء التي يتضمنها لا تعدو أن تكون مجرد مبادىء فلسفية[٣] Principes Philosophiques مجردة من طابع الإلزام .

على أن ما ذهب إليه أنصار هذا الاتجاه مردود لما يتضمنه من تجاهل لطبيعة الجمعيات التأسيسية وطبيعة ما يصدر عنها من أعمال ، فالسلطة التأسيسية حينما تتدخل فهي تضع قواعد قانونية ، أعني قواعد دستورية لكي تنفذ في الدولة ، دون أن تضع فتاوى أو آراء فقهية فلسفية مجردة من أي قيمة إلزامية .

الاتجاه الثالث: اعلان الحقوق له قوة النصوص الدستورية.

اذا كان أنصار الاتجاه الاول قد غالوا الى حد بعيد في تطرفهم حينما جعلوا لهذه الاعلانات قوة أعلى من الدستور ، وإذا كان أنصار الاتجاه الثاني قد غالوا ايضاً في اهدار القيمة القانونية لاعلانات الحقوق ، حيث بدت في نظرهم مجرد آمال ومبادىء فلسفية مجردة من القيمة القانونية. فقد ذهب انصار الاتجاه الثالث الى الوقوف موقفاً وسطاً بين الاتجاهين السابقين، فأعطوا لاعلانات الحقوق قوة قانونية تعادل قوة النصوص الدستورية ذاتها .

وممن دافع عن هذا الاتجاه الاستاذ[٤] André Hauriou من الفقه الفرنسي

---

(١) Esmein: Eléments de droit constitutionnel 8 ed T.: I, P. 591.

(٢) Julien Laferriere, op. cit, P. 342.

(٣) راجع في عرض هذا الرأي André Hauriou, op. cit, P. 210

(٤) André Hauriou; Droit constitutionnel et institution politiques, 1975, P. 211.

وقد استند في تعزيز رأيه في الاعتراف لاعلانات الحقوق بالقيمة القانونية التي تتمتع بها الدساتير الى حجج ثلاثة نجملها فيا يلي:

١ - إن اعلانات الحقوق كانت تعتبر جزءاً من النظم الدستورية في أواخر القرن الثامن عشر وهي لا زالت تعتبر كذلك في الوقت الراهن، وهذا ما قررتـه فعـلا الـدساتـير الفرنسيـة كـدستور ١٧٩١ ودستور ١٩٤٦ ودستور الجمهورية الخامسة الحالي الصادر في عام ١٩٥٨ ، فالإعلانات تعتبر - على حد قول الأستاذ هوريو - جزءاً لا يتجزأ من الأنظمة الدستورية . Une partie integrante des statuts Constitutionnels[١] .

٢ - انه فضلا عن الحجة التاريخية السابقة استند هوريو الى حجة اخرى واقعية مقتضاها ما يجري عليه العمل في الولايات المتحدة الاميركية من مساواة اعلانات الحقوق بالدساتير ذاتها من حيث القوة القانونية ، اذ يفرض القضاء الاميركي رقابته على دستورية القوانين وذلك من حيث مطابقتها ليس فقط لنصوص الدستور وانما ايضاً لاعلانات الحقوق السائدة ، كما هو الشأن بالنسبة للتعديلات Des amendements التي اجريت عام ١٧٩١[٢].

٣ - إنه إذا كان يوجد في الدولة - حسبما تصور العميد موريس هوريو - دستوران أحدهما دستور سياسي Constitution politique يبين نظام الحكم في

---

(١) André Hauriou, op. cit, P. 211.

(٢) André Hauriou, op. cit, P. 211.

وفي هذا المعنى انظر أيضاً :

Claude Leclercq: institutions politiques et droit constitutionnel, deuxieme édition, P. 90

حيث أشار إلى أن القضاء في الولايات المتحدة الاميركية يمكن أن يراقب دستورية القوانين ، ويقرر ما إذا كانت مطابقة أو غير مطابقة ليس فقط بالنسبة لنصوص الدستور الاميركي الصادر عام ١٧٨٧ ، وانما أيضاً بالنسبة للمبادىء الأساسية غير المدونة فيه ، والتي تعتبر هي الأخرى قواعد لها طابع دستوري وتتمتع بما تتمتع به القواعد الدستورية المدونة من قوة الالزام.

الدولة ويحدد نشاط السلطات العامة فيها ، والآخر دستور اجتماعي Constitution sociale يبين معالم النظام الاجتماعي وأسسه الذي تعايشه الجماعة ، ويحدد بصفة خاصة طبيعة العلاقات التي تنشأ بين الدولة والأفراد ، وكذلك الحقوق الفردية للمواطنين ، وهذا هو ما يسمى بإعلان الحقوق ، فإن الأستاذ أندريه هوريو - إزاء تسليمه بحقيقة وجود دستورين بالدولة - قد رأى أن الدستور الاجتماعي (اعلان الحقوق) لا يقل أهمية عن الدستور السياسي ، فإذا كان لهذا الأخير قيمة قانونية عليا (Ayant une valeur de super légalite) ، فإنه يجب الإقرار بذات القيمة القانونية للدستور الاجتماعي[1].

على هذا النحو انتهى هذا الفقه إلى الاعتراف لاعلانات الحقوق ومقدمات الدساتير بذات القوة القانونية التي تتمتع بها الدساتير. وبالتالي أقر لمقدمة الدستور الفرنسي الصادر عام ١٩٤٦[2] ولمقدمة الدستور الفرنسي الحالي -

---

(١) André Hauriou, op. cit, P. 211.

(٢) André Hauriou, op. cit, P. 214

ومع ذلك فان القضاء العادي والقضاء الاداري الفرنسيين لم يعطيا لمقدمة دستور ١٩٤٦ سوى قوة موازية ومعادلة لقوة القانون العادي ، فقضت محكمة السين المدنية بحكمها الصادر في ٢٢ يناير ١٩٤٧ ببطلان وصية تنقض بمقتضاها جدة هبة اجرتها لصالح حفيدتها إذا هي تزوجت يهودياً لما يتضمنه هذا الشرط من مخالفة للفقرة الأولى من مقدمة دستور ١٩٤٦ التي تقر أن لكل انسان حقوقاً مقدسة لا يمكن المساس بها دون أي تمييز بسبب الجنس أو الدين أو العقيدة .
Gas. pal, 1947, I. 67

وقضى مجلس الدولة في ٢٨ مايو ١٩٥٤ ببطلان قرار صادر عن جهة الادارة باستبعاد بعض المرشحين من المسابقة التي تعدها مدرسة الادارة الوطنية L'E.N.A بسبب آرائهم السياسية واستند في حيثياته الى دستور ١٩٤٦ وإلى ما ورد في الفقرة الخامسة من مقدمته إنه لا يجب ان يضار أحد في عمله أو في وظيفته بسبب اصله أو آرائه أو معتقداته .
R.D.P. 1954, P. 509, Concl letourneur note M. Waline

إن القضاء الفرنسي بفرعيه في ظل دستور ١٩٤٦ قد اعطى لمقدمة دستور ١٩٤٦ قوة تعادل قوة القوانين العادية باعتبارها مبادىء قانونية عامة «Pricipes generaux de droit» راجع في الاشارة الى هذه الأحكام والتعليق عليها : André Hauriou, op. cit, p.214 et 215.

دستور الجمهورية الخامسة ـ الصادر عام ١٩٥٨ بقوة النصوص الواردة في صلب ذات الوثائق الدستورية(١).

وتبعاً لذلك قرر الأستاذ Maurice Hauriou بشأن مبدأ سمو الدستور وامتداد هذا السمو الى مقدمة الدستور انه «لمن الخطأ الاعتقاد أن مبدأ السمو الدستوري La super légalité Constitutionnelle يقتصر على ما هو منصوص عليه في الدستور، بل أنه يمتد لأبعد من ذلك ليشمل ـ على سبيل المثال ـ المبادىء الأساسية للنظام(٢)، أي تلك المبادىء الواردة في مقدمة الدستور.

ويشير الأستاذ André Hauriou صراحة إلى أن دستور ١٩٥٨ لم يستبعد حق المجلس الدستوري في إجراء رقابته السابقة لدستورية القوانين بالنسبة لما ورد في المقدمة من أحكام، إذ يعتقد «أنه يمكن بين يوم وليلة استدعاء المجلس الدستوري للتثبت من دستورية القوانين بالنسبة للمقدمة وبالتالي التأكد من عدم دستوريتها»(٣)، وهذا ما حدث فعلاً في ١٦ يوليو ١٩٧١ عندما أعلن المجلس الدستوري مخالفة (وعدم تطابق) أحكام مشروع قانون للدستور نظراً لما تضمنه من تناقض ومبدأ حرية الاجتماع المشار إليه في الجزء الأول من مقدمة

---

(١) André Hauriou, op. cit, P. 215.
Claude Leclercq, op. cit, P. 89 et 90

(٢) «Ce serait une erreur de croire que la superlégalité constitutionnelle ne comprenne que ce qui est écrit dans la constitution, elle comprend bien autre chose et par exemple tous les principes fondamentaux du régime».

اشار اليه.

Claude Leclercq, op. cit, P. 89

(٣) «On peuvait donc penser, qu'un jour ou l'autre, le conseil constitutionnel sera appelé à vérifier la constitutionnalité d'une loi par rapport au préambule et, le cas échéant, à affirmer son inconstitutionnalité.»
André Hauriou, op. cit, P. 215.

الدستور الحالي أي دستور ١٩٥٨[١].

واذا كـان الاستـاذ André Hauriou قـد وصـف المجلس الـدستوري - باصداره القرار السابق - بانه قد خطى خطوة جريئة وهامة بمراقبته دستورية القوانين المخالفة لما ورد في مقدمة دستور ١٩٥٨، فان الأستاذ Jean Rivero قد وجد أن هذه الخطوة قد وضعت نهاية لكل شك أو خلاف يدور في هذا الخصوص، إذ اعتبر المجلس مقدمة هذا الدستور جزءاً لا ينفصل عن الدستور ذاته، فهو مكمل ومتمم له، وهذه المقدمة تحوز القوة القانونية التي لنصوص الدستور ذاته وتمتد الرقابة الدستورية الى جميع النصوص المدونة فيها[٢].

ويميل أغلب الفقه الدستوري العربي إلى تأييد هذا الاتجاه الأخير. فيرى أن اعلانات الحقوق ومقدمات الدساتير يكون لها قوة قانونية ملزمة تعادل قوة النصوص الدستورية، فالنصوص التي تتضمنها هذه الاعلانات ليست نصوصاً أعلى من الدستور، ولا مجرد مبادىء فقهية مجردة من القوة الإلزامية، فهي نصوص دستورية لا فرق بينها وبين النصوص الأخرى الواردة في صلب الدستور. وهذه النصوص واجبة الاحترام من جانب المشرع العادي والقاضي والأفراد طالما أنها نافذة في الدولة[٣].

وجوب التفرقة بين النصوص التقريرية أو القانونية والنصوص التوجيهية أو المنهجية في إعلانات الحقوق ومقدمات الدساتير.

إذا كان الفقه الدستوري يميل إلى تأييد الاتجاه الثالث واعتبار النصوص

---

(١) Claude Lelecrq, op. cit, P. 90, André Hauriou, op. cit, P. 215

(٢) «Première affirmation qui met fin à toute controverse, le préambule de la constitution de 1958 en fait partie intégrante: il possède la même force juridique que le reste du texte, le contrôle de constitutionnalité s'étend aux dispositions qu'il consacre».

Actualité juridique 1971, P. 737 note J. Rivero

(٣) الدكتور مصطفى ابو زيد النظام الدستوري للجمهورية العربية المتحدة ١٩٦٦ ص١٩٦.

الواردة في اعلانات الحقوق ومقدمات الدساتير لها ذات القوة القانونية التي للنصوص الواردة في صلب الدساتير، فإن هذا الفقه يوجب التفرقة في شأنها بين نوعين من النصوص: النصوص التقريرية أو القانونية، والنصوص التوجيهية أو المنهجية[1].

أ ـ النصوص التقريرية أو القانونية **Regle de droit positif**

تتميز هذه النصوص بأنها محددة، ومن ثم فهي قابلة للتطبيق الفوري. فهذه النصوص يستطيع الأفراد المطالبة بتطبيقها دون حاجة ما لتدخل المشرع لينظم كيفية التطبيق. وهي في نفس الوقت تمثل قيداً على المشرع العادي باحترام ما جاء بها، فهي تقرر مراكز قانونية يتعين احترامها، فإذا ما أصدر المشرع من القوانين ما يخالفها اتسمت هذه القوانين بعدم الدستورية لما لهذه النصوص من قيمة دستورية تعادل قيمة النصوص الواردة في الوثيقة الدستورية ذاتها. ومن ثم فإن هذه النصوص تقيد القاضي وهو يقوم بمراقبة دستورية القوانين.

ومن أمثلة النصوص التقريرية التي وردت في اعلان الحقوق الفرنسي والتي أشار اليها الفقه في هذا الخصوص نص المادة العاشرة التي قضت «أن لا يضار احد بسبب افكاره أو معتقداته» وكذلك المادة السابعة عشر التي قضت «بوجوب التعويض العادل مقدما في حالة نزع الملكية او الحرمان منها»[2].

ب ـ النصوص التوجيهية أو المنهجية

Regles directives, dispostions programmes

تختلف هذه النصوص عن النصوص الأولى في انها نصوص غير محددة، فهي تمثل اهدافاً يعمل النظام السياسي على تحقيقها، أو هي تمثل اصولا علمية فلسفية تصور روح الجماعة وضميرها، وتعمل على توضيح معالم النظام الذي

---

(١) Georges Burdeau, op. cit, P. 72

الدكتور مصطفى ابو زيد، المرجع السابق، ص١٩٨.

(٢) Georges Burdeau, op. cit, P.72.

يجب أن يسود في المجتمع[1] ، فهي كما يصفها البعض قواعد برامج Regle de programme .

وإذا كانت النصوص التوجيهية على النحو السابق قواعد غير محددة ، فإن الأفراد لا يستطيعون المطالبة بتطبيقها ، إذ يقتضي الأمر أن يتدخل البرلمان فيبين كيفية وضعها موضع التطبيق ، ومن أمثلة هذه النصوص تلك التي تقرر حق العمل لكل مواطن والحق في المعونة في حالات العجز والمرض والشيخوخة .

وإذا كانت النصوص التوجيهية أو المنهجية تحتل وضعاً خاصاً بالنسبة للافراد. إذ لا يستطيعون الاحتجاج ازاء السلطات بتطبيقها تطبيقاً فورياً ، فان لهذه النصوص وضعاً خاصاً بالنسبة للمشرع .

فالمشرع يلتزم ازاءها بالتزامين : التزام سياسي وآخر قانوني[2] : ويكمن الالتزام السياسي في وجوب تدخل البرلمان لاصدار التشريعات اللازمة لتنفيذ هذه النصوص . والبرلمان يتمتع في هذا الخصوص بسلطة تقديرية ، فيختار الوقت الملائم لإصدار هذه التشريعات وإن كان ملزماً في هذا الخصوص بأن لا يؤجل تنفيذ هذه النصوص إلى مدى غير محدود .

وأما الالتزام القانوني فيكمن في ان البرلمان لا يستطيع ان يصدر من القوانين ما يخالف هذه النصوص مخالفة صريحة او ضمنية[3] فهذه النصوص توضح للمشرع معالم نشاطه مستقبلا فيكون عليه احترامها والالتزام بها .

وقد ضرب أحد اساتذة القانون الدستوري في مصر مثلا في هذا الخصوص قائلا«بأنه اذا قضى الدستور بان الأسرة أساس المجتمع قوامها الدين والاخلاق

(١) راجع في ذلك

Georges Burdeau, op. cit, P. 72

(٢) الدكتور مصطفى ابو زيد ، المرجع السابق ، ص٢٠٠

(٣) الدكتور مصطفى ابو زيد ، المرجع السابق ، ص٢٠٠ ، الدكتور محسن خليل ، المرجع السابق ص٣٣٠ .

والوطنية ، فلا يستطيع البرلمان أن يأتي ويصدر قانوناً يعترف فيه ببعض الحقوق للعشيقة والابن غيرالشرعي ، وسوف يكون هذا القانون - إن صدر - مخالفاً للدستور » .

ونرى ان التفرقة بين ما يسمى بالنصوص القانونية او التقريرية ، وبين ما يسمى بالنصوص التوجيهية او الارشادية لها فائدتها بالنسبة لوضع الافراد ومدى حقهم في الاحتجاج بها تجاه السلطات العامة في الدولة فور صدور هذه النصوص . اذ يكون بمقدورهم المطالبة بتطبيق القواعد الأولى بوصفها قواعد محددة تقبل التطبيق الفوري ، ودون ان ينتظروا تدخل المشرع العادي ليتحدد سبيل تطبيقها ، بينما لا يكون بمقدورهم المطالبة بتطبيق القواعد الأخرى لأنها تمثل اهدافاً فلسفية إذ يلزم تدخل السلطة التشريعية حتى تضعها موضع التطبيق .

ولكن إذا كانت هذه التفرقة لها فائدتها على النحو السابق ، فإنها تكون غير ذي جدوى إذا ما أردنا ان نحدد القيمة القانونية للمبادىء التي تتضمنها اعلانات الحقوق. ونرى مع غالبية الفقه[1] ان هذه النصوص جميعها ، تقريرية كانت أو منهجية ، يكون لها القيمة القانونية التي للنصوص الدستورية ، ومن ثم فلا يستطيع المشرع العادي أن يسن تشريعاً يخالف به صراحة أو ضمناً ما تتضمنه اعلانات الحقوق أو مقدمات الدساتير من مبادىء سواء ما كان لها الصفة التقريرية او المنهجية ، وإلا كان التشريع الصادر مخالفاً للدستور ، ويتعين على القاضي الذي ينظر أمر دستوريته ان يقضي بعدم الدستورية .

لذلك نخالف ما انتهى اليه بعض الفقه من أن أفضل الآراء في نظره هو الذي يفرق في هذا الموضوع بين المبادىء التي تتخذ شكل النصوص الدستورية (ويعني بذلك النصوص التقريرية أو القانونية)، والمبادىء التي تقتصر على مجرد

---

(١) الدكتور مصطفى ابو زيد ، المرجع السابق ص٢٠٠ ، الدكتور محسن خليل المرجع السابق ص٣٣٠

تقرير مثل عليا وأهداف وتوجيهات عامة (ويعني بذلك النصوص التوجيهية أو المنهجية) فالاولى تتمتع بنفس قيمة النصوص الدستورية، أما الأخرى فيكون لها قيمة أدبية وتكون محل اعتبار السلطات العامة عند ممارستها لاختصاصاتها ومزاولتها لنشاطها[1]. ونرى ان ما انتهى اليه هذا الفقه من عدم اعطاء النصوص المنهجية أو الارشادية قوة معادلة لقوة النصوص الدستورية والاعتراف لها بمجرد قيمة ادبية، يؤدي الى نتائج جد خطيرة وغاية في الغرابة فيما يتعلق بموضوع الرقابة على دستورية القوانين. اذ لا يكون بمقدور القضاء ان يقضي بعدم دستورية التشريعات الصادرة من المشرع العادي مخالفاً بها هذه النصوص. وسوف نضفي صفة الشرعية او الدستورية على هذه التشريعات حتى لو صدرت مخالفة لاهداف المجتمع وآماله. وهي التي عبر عنها المشرع الدستوري بمقتضى النصوص التوجيهية أو الإرشادية.

فالنصوص التوجيهية أو الإرشادية يجب أن يكون لها ذات قيمة النصوص التقريرية، ويكون على المشرع العادي التقيد بهذه النصوص جميعها فيما يصدر عنه من تشريعات وإلا كانت غير دستورية، وحق للجهة المختصة بالنظر في أمر الرقابة على دستورية القوانين أن تقضي بعدم دستورية التشريعات الصادرة بالمخالفة لجميع النصوص الواردة في إعلانات الحقوق ومقدمات الدساتير سواء كان لهذه النصوص الصفة التقريرية أو الصفة المنهجية أو الإرشادية،

---

(١) الدكتور محمد كامل ليله: الرقابة على اعمال الادارة - الرقابة القضائية ١٩٦٧ - ١٩٦٨، ص٢٥.

المبحث الثاني

كفالة احترام الدساتير
(مشكلة الرقابة على دستورية القوانين)[1]

يعد موضوع كفالة احترام احكام الدساتير أو مشكلة الرقابة على دستورية القوانين من أهم الموضوعات الدستورية التي حظيت باهتمام خاص لدى رجال الفقه الدستوري. فاحتل هذا الموضوع مكاناً بارزاً في بطون مؤلفاتهم، بل غدا موضع دراسة تعمقية لرسائل الدكتوراه لما يتسم به من أهمية عملية تفوق اهميته النظرية في دنيا الدولة القانونية.

---

(١) راجع في هذا الخصوص الدكتور احمد كمال ابو المجد: الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الاميركية والاقليم المصري (رسالة دكتوراه) ١٩٦٠، الدكتور علي السيد الباز: الرقابة على دستورية القوانين في مصر (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه ١٩٧٨ الدكتور عثمان خليل المرجع السابق، ص٣٨، الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص١٢٠، الدكتور يحيى الجمل، المرجع السابق، ص٧٦، الدكتور رمزي طه الشاعر المرجع السابق، ص٢٣٥، الدكتور عبد الفتاح حسن، المرجع السابق، ص٦٥، الدكتور محمد حسنين عبد العال، المرجع السابق، ص١٣٩، الدكتور طعيمة الجرف، المرجع السابق، ص١٤١، الدكتور محسن خليل، المرجع السابق، ص٦٠٣، الدكتور فؤاد العطار، المرجع السابق، ص٢٤٥، الدكتور محمد كامل ليله، (القانون الدستوري) ص١١٩، الدكتور عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والانظمة السياسية ١٩٦٦، ص١٩٧، الدكتور محمود حافظ، المرجع السابق، ص٢٩٦، الدكتور سعد عصفور، المرجع السابق، ص١١٢، الدكتور شمس مرغني علي المرجع السابق، ص١٦١، الدكتور كمال الغالي، المرجع السابق، ص١٤٨، الدكتور محمود حلمي، المرجع السابق، ص٦٥.
وانظر من الفقه الفرنسي

Georges Burdeau, op. cit, P. 95 et suiv. J. Cadart, op. cit, P. 147 et suiv. André Hauriou, op. cit. P. 340 et suiv, Claude Leclercq, op. cit, P. 90, Julien Laferriere, op. cit, P. 308, Marcel Prelot, op. cit, P. 216. Pierre Pactet, op. cit, P. 39, Michel Henry Fabre, op. cit, P. 164, Jean marie Auby et Robert ducos-Ader, op. cit, P. 21.

فهذا الموضوع ـ الرقابة على دستورية القوانين ـ شديد الوصل بموضوع الدولة القانونية، ذلك الذي يعني خضوع جميع السلطات فيها للقانون بصفة عامة وللدستور بوصفه القانون الأسمى بصفة خاصة.

وإذا كان الدستور يسمو على جميع السلطات العامة في الدولة، فإن سموه يغدو ـ بلا مراء ـ مجرد لفظ أجوف غير ذي مضمون Un vain mot لو كان بمقدور هيئات الدولة انتهاكه دون أن يكون هناك ثمة جزاء يتقرر على ذلك الانتهاك[1]، اذ يجب أن يكون هناك من الضمانات ما يكفل احترام هذه السلطات العامة لأحكام الدستور، الذي عين لها اختصاصاتها ورسم لها حدود ممارستها وأصولها.

فبالنسبة للسلطة التنفيذية يجب أن تكون اعمالها وتصرفاتها متفقة وأحكام الدستور، والا كانت غير مشروعة جديرة بالالغاء. وكفالة احترام أحكام الدستور من جانب السلطة التنفيذية أمر يكفله القضاء بما يملكه من حق مراقبة مشروعية أعمال هذه الهيئة[2]، فيقضي ـ كما سبق القول ـ بالغائها أو بالغائها والتعويض عنها إذا كان هناك مقتضى للحكم بالتعويض.

أما بالنسبة للسلطة التشريعية فان مبدأ سمو الدستور وما يترتب عليه من تدرج القواعد القانونية في الدولة، واحتلال الدستور المرتبة العليا بين هذه

---

(١) Georges Burdeau, op. cit, P. 95, Claúde Leclercq, op. cit, P. 90

وفي نفس المعنى.

Marcél Prelot, op. cit, P. 216 et P. 229

والدكتور عبد الحميد متولي، المرجع السابق ص١٩٧ وراجع تعليق الدكتور السيد محمد ابراهيم سالف الذكر، مجلة العلوم الادارية، السنة ١٣، ص١٦١.

(٢) في هذا المعنى انظر

Bernard Chantebout, op. cit, P. 51

Pierre Pactet, op. cit, P. 40, Georges Vedel, op. cit, P. 82, 83, Jean Marie Auby et Robert Ducos-Ader, op. cit, P. 21.

وانظر ايضاً الدكتور عبد الحميد متولي، المرجع السابق، ص١٩٧، الدكتور محمود حلمي، المرجع السابق، ص٦٣.

القواعد، يحتم بلا جدال احترام السلطة التشريعية لأحكام الدستور. فلا تستطيع هذه السلطة أن تصدر من التشريعات ما تخالف به أحكامه أو روحه، سواء كان ذلك بطريق صريح أو بطريق ضمني(١)، وإلا غدت السلطة التشريعية مجاوزة لحدود اختصاصها، واعتبرت التشريعات الصادرة عنها غير مشروعة، ووجب الحكم بعدم دستوريتها وبطلانها(٢). وهذا البطلان قد تقرره بعض الدساتير صراحة في صلب نصوصها(٣). غير أن عدم النص على تقرير هذا البطلان لا يؤثر - كما قلنا - في بطلان القوانين الصادرة بالمخالفة لأحكام الدساتير، فهذا البطلان يكون نتيجة حتمية لجمود الدساتير دون حاجة للنص عليها صراحة.

---

(١) André Hauriou, op. cit, P. 340, Jean-Marie Auby et Robert Ducos-Ader, op. cit, P. 21.

(٢) Julien Laferriere, op. cit, P. 309

الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص١٢٠، الدكتور علي السيد البار، المرجع السابق ص٤١.

ويقول F. Larnaude في ذلك

Si l'on adopte un systeme de constitution écrite c'est au prix d'une inconséquence logique qu'on ne déclare pas nulles «Les lois violant le pacte fondamental».

راجع الإشارة إليه.

Marcel Prelot, op. cit, P. 216.

(٣) وذلك مثل الدستور التشيكوسلوفاكي الصادر عام ١٩٢٠ اذ نص في مادته الاولى على بطلان القوانين المخالفة للدستور أو تلك التي تعدل أو تكمل في احكامه، وكذلك الدستور الايرلندي الصادر عام ١٩٣٧ والذي نص في مادته الخامسة عشر على بطلان القوانين الصادرة بالمخالفة لنصوص الدستور بالقدر الذي تجري فيه هذه المخالفة، وكذلك دستور ليتوانيا الصادر عام ١٩٣٨ والذي نص في مادته ١٠٦ على بطلان القوانين المخالفة للدستور واعتبارها كأن لم تكن حيث قررت هذه المادة.

«Les lois contraires à la constitution sont nulles et non avenue»

انظر Jullien Laferriere, op. cit, P. 309

وانظر أيضاً الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص١٢١.،

ومسألة اتفاق القانون العادي لاحكام الدستور او عدم اتفاقه هي ما يعبر عنها بمشكلة دستورية القوانين[١].

غير أنه قبل التعرض لطرق كفالة احترام احكام الدستور من جانب السلطة التشريعية نود ان نشير الى ملاحظتين اساسيتين.

أولاً - إن مسألة دستورية القوانين لا تثور إلا في ظل دستور جامد لا في ظل دستور مرن

سبق ورأينا ان سمو الدستور وعلوه على ما عداه من قواعد قانونية نافذة لا يتحقق الا في ظل دستور جامد[٢] يتطلب في تعديله اجراءات خاصة اشد تعقيداً من تلك التي تعدل بها القوانين العادية. وفي هذه الحالة فقط يمكن ان تثور مشكلة الدستورية إذا ما أصدرت السلطة التشريعية قانوناً انتهكت بمقتضاه أحكام الدستور. ولكن على العكس من ذلك لا تثور هذه المشكلة إذا كان الدستور مرناً لا يتطلب في تعديله إجراءات خاصة وإنما يعدل بذات الاجراءات التي تعدل بها القوانين العادية، إذ تستطيع السلطه التشريعيه ان تضع قانوناً تخالف به أحكام الدستور دون ان يعتبر ذلك خرقاً أو انتهاكاً لأحكامه، على اعتبار ان هذه السلطة تملك تعديل الدستور او الغائه[٣]. وتبعاً لذلك فلا يمكن تصور قيام مشكلة دستورية القوانين في بلد كإنجلترا[٤].

(١) انظر في اهمية رقابة دستورية القوانين بالنسبة لكفالة حقوق الأفراد.
Claude Leclercq, op. cit, P 91

(٢) الدكتور سعد عصفور، المرجع السابق، ص١١٢، الدكتور يحيى الجمل، المرجع السابق، ص٧٦. الدكتور محمد حسنين عبد العال، المرجع السابق، ص١٤٠، الدكتور علي السيد البار، الرسالة السابقة، ص٤٢. وانظر ايضاً
Jullien Laferriere, op. cit, P. 309, Benoit Jeanneau, op. cit, P. 55, Claude Leclercq, op. cit, P. 90, Georges Vedel, op. cit, P. 90

(٣) الدكتور محمود حلمي، المرجع السابق، ص٦٥، الدكتور عبد الحميد متولي، المرجع السابق، ص١٩٧.

(٤) Georges Vedel, op. cit, P. 90

ثانياً - إن مسألة دستورية القوانين لا تثور إلا بشأن مخالفة القانون لأحكام الدستور من حيث الموضوع لا من حيث الشكل.

ذلك أن رقابة دستورية القوانين تقتصر على مدى مطابقة القانون للدستور من الجانب الموضوعي (المادي) دون الجانب الشكلي، فالقانون إذا صدر مخالفاً للشكل الذي حدده الدستور لإصداره[1]، فإنه في هذه الحالة (أي حالة المخالفة الشكلية للدستور) لا يعتبر القانون قانوناً بالمعنى الصحيح ويكون في حكم العدم، ويملك القضاء حينئذ حق الامتناع عن تطبيقه، وهذه القاعدة مسلم بها فقهاً وقضاءً[2].

على هذا النحو فان مسألة رقابة دستورية القوانين ومدى مطابقة هذه الأخيرة لاحكام الدستور لا تثور إلا حيث تكون هذه القوانين قد صدرت صحيحة ومستوفية لجميع الشكليات والاجراءات التي حتمها الدستور.

بعد تقرير الملاحظتين السابقتين نقول إنه اذا كانت الدول منذ زمن بعيد قد استقرت في تنظيمها لرقابة مشروعية ما يصدر عن السلطة التنفيذية من أعمال قانونية عن طريق الغاء المحاكم لها - سواء ما أخذ من هذه الدول بنظام القضاء الموحد او بنظام القضاء المزدوج - اي على اساس متقارب[3]، فان هذه

---

(١) كأن يصدر القانون دون موافقة المجلسين في الدول التي تأخذ بنظام ازدواج المجلس النيابي، أو أن يصدر دون تحقق الاغلبية المنصوص عليها في الدستور لاصداره أو أن يصدر مثلاً دون موافقة رئيس الدولة.

(٢) Julien Laferriere, op. cit, P. 330

الدكتور فؤاد العطار، المرجع السابق، ص٢٤٨، الدكتور عبد الحميد متولي، المرجع السابق ص١٩٨ الدكتور محسن خليل، المرجع السابق، ص٦٠٣، الدكتور علي السيد الباز، المرجع السابق، ص٤٢.

(٣) Bernard Chantebout, op. cit, P. 51

انظر في مراقبة مشروعيه اعمال الادارة، الدكتور محسن خليل، القضاء الاداري اللبناني ورقابته لاعمال الادارة ١٩٧٨، ص٩٢، والدكتور محمد كامل ليلة، الرقابة على اعمال الادارة، ص١٦٠ وما بعدها.

الدول قد اختلفت وترددت في الحلول الواجبة الاتباع بشأن تنظيم رقابة دستورية القوانين اي التحقق من مطابقة القانون لاحكام الدستور(١).

ويكمن سرّ هذا التردد في ما لهذه المشكلة من طابع سياسي في المقام الأول(٢) فالسلطة التشريعية - وهي هيئة منتخبة - يفترض في أعمالها (القوانين) أن تعبر عن رأي الأمة وارادتها، والتشكيك في صحة هذه الأعمال أمر ولا شك يثير الكثير من الحساسيات، لا سيا في البلاد التي يسود فيها النظام النيابي، وتتأكد فيه مكانة السلطة التشريعية كمعبر عن الإرادة العامة للأمة وسيادتها.

وإزاء الطابع السياسي لمشكلة الرقابة على دستورية القوانين لا نرى عجباً أن نجد تبايناً في الوسائل التي لجأت إليها الدساتير لتنظيم أمر هذه الرقابة، فمنها ما تبنى نظام الرقابة السياسية حيث عهد لهيئة سياسية Organe politique بمهمة القيام بمراقبة دستورية القوانين، بينما عزف أكثرها عن اتباع هذا النظام، وأخذ بنظام الرقابة القضائية، فأقر لهيئة قضائية Organe juridictionnel بحق التثبت من مطابقة القانون لأحكام الدستور أي التحقق من دستورية القوانين.

وتبعاً لذلك يقسم الفقه الدستوري أساليب كفالة احترام أحكام الدساتير إلى نوعين، الأول هو أسلوب الرقابة السياسية، والآخر هو أسلوب الرقابة القضائية.

---

(١) ومن الجدير بالاشارة في هذا المقام أن موضوع الرقابة على دستورية القوانين يزداد أهمية في وقتنا الحاضر، اذ ترتب على اتساع نشاط الدولة واتباعها لسياسة التدخل في المجالات المتباينة - اجتماعية كانت أو اقتصادية - ان ادى الى وفرة التشريعات وتعددها الأمر الذي يخشى معه احتمال ازدياد حالات قيام التعارض وعدم التطابق بين القانون واحكام الدستور.

(٢) انظر في الطابع السياسي لمشكلة دستورية القوانين Julien Laferrière, op. cit, P. 310.

وسوف نعرض لكل من هذين الأسلوبين في مطلبين متتاليين على النحو التالي :

المطلب الأول : أسلوب الرقابة السياسية .

المطلب الثاني : أسلوب الرقابة القضائية .

المطلب الأول

أسلوب الرقابة السياسية

Contrôle Politique(١)

قد تنيط بعض الدساتير أمر الرقابة على دستورية القوانين بهيئة سياسية للتثبت من مدى مطابقة أحكام القانون للدستور ، وعادة تنص هذه الدساتير على كيفية تشكيل هذه الهيئة السياسية(٢) .

والرقابة السياسية هي رقابة وقائية Contrôle preventif ، أي رقابة تحول دون إصدار القوانين المخالفة لأحكام الدستور ، ومن ثم فهي رقابة سابقة على إصدار القانون ، فتباشر في الفترة بعد سن القانون وقبل إصداره ، وتعتبر فرنسا ـ بحق ـ الوطن الأم لنشأة هذا النوع من الرقابة ، وهي لا زالت حتى

---

(١) راجع في مفهوم الرقابة السياسية ، Georges Burdeau, op. cit, P. 95, Marcel Prelot, op. cit, P. 218, Jacque Cadart, op. cit, TI P. 152, Julien Laferrière, op. cit, P. 310, Georges Vedel, op. cit, P. 84.

والدكتور علي السيد الباز ، الرسالة السابقة ، ص ٤٩ ، والدكتور ثروت بدوي ، المرجع السابق ، ص ١٢٢ ، والدكتور رمزي طه الشاعر ، المرجع السابق ، ص ٢٤٢ ، والدكتور عبد الحميد متولي ، المرجع السابق ، ص ١٩٩ ، والدكتور محمد كامل ليله ، المرجع السابق ، ص ١٢١ .

(٢) وقد يتم تشكيل هذه الهيئة إما عن طريق التعيين من جانب السلطة التنفيذية ، أو السلطة التشريعية ، وإما عن طريق الانتخاب من جانب الشعب ، وقد يتم تكوينها عن طريق الاختيار الذاتي أي اختيار تلك الهيئة لاعضائها راجع في ذلك الدكتور ، ثروت بدوي ، المرجع السابق ، ص١٢٤ .

اليوم على وفائها له، ثم ذاع انتشار هذا الأسلوب في غيرها من الدول وبصفة خاصة في الدول ذات النزعة الاشتراكية.

وسوف نعرض فيما يلي لتطبيقات الرقابة السياسية في فرنسا، وكذلك في الدول الاشتراكية التي أخذت بها، ثم نعرض لتقدير هذه الرقابة.

لذلك سوف نقسم هذا المطلب إلى الفروع الثلاثة التالية:

الفرع الأول: في تطبيقات الرقابة السياسية في فرنسا.
الفرع الثاني: في تطبيقات الرقابة السياسية في الدول الاشتراكية.
الفرع الثالث: في تقدير الرقابة السياسية.

الفرع الأول
تطبيقات الرقابة السياسية في فرنسا

نشأة فكرة الرقابة السياسية: عهد دستور السنة الثالثة للثورة:

تعتبر فرنسا الوطن الأم لميلاد فكرة الرقابة السياسية، إذ عملت على اناطة أمر الرقابة على دستورية القوانين لهيئة لها طابع سياسي. وترجع نشأة فكرة الرقابة السياسية في فرنسا إلى ما نادى به الفقيه Sieyes، حيث حاول أن يضع في ذهن واضعي دستور السنة الثالثة للثورة عام ١٧٩٥ فكرة إنشاء هيئة محلفين دستورة Jurie constitutionnaire يوكل إليها أمر إلغاء جميع القوانين التي تسن بالمخالفة لأحكام الدستور[1].

(١) انظر: Marcél Prélot, op. cit, P.218, et suiv

حيث أورد قول sleyes

«Je demande un jury de sonstitution ou pour franciser un peu le mot de jury et le distinguer dans le sens de celui de juré, une jurie constitutionnaire. C'est un véritable corps des représentants que je demande, avec mission specialede juger les reclamations contre toute atteinte qui serait portée à la constitution.»

غير أن هذه الفكرة قوبلت بالرفض ، فلم تلق تأييداً في ذلك الوقت من جانب مؤسسي الدستور خشية أن تغدو تلك الهيئة سلطة تفوق السلطات ، وتكون أداة سيطرة واستبداد(١) .

تطبيق الرقابة السياسية في دستور السنة الثامنة للثورة (دستور ١٣ ديسمبر ١٧٩٩) وفي دستور عام ١٨٥٢ .

شاءت الظروف أن تساعد Sieyes في إقناع زملائه واضعي دستور السنة الثامنة بجدوى اقتراحه سالف الذكر ، وانتهى الأمر بقبول اقتراحه وتنفيذه بأن نص في الدستور على إسناد مهمة الرقابة على دستورية القوانين لهيئة سميت بمجلس الشيوخ المحافظ Le senat conservateur أو المجلس الحامي للدستور(٢) . وقد تقرر لهذا المجلس حق رقابة دستورية للقوانين قبل إصدارها ، وإلغاء ما يصدر منها مخالفاً لأحكام الدستور(٣) . حيث نصت المادة الحادية والعشرون من ذات الدستور على أن « المجلس يبقى أو يلغي جميع الأعمال التي

وانظر في الاشارة الى ذلك: Georges Burdeau, op. cit, P. 95, Benoit Jenneau, op. cit, P. 56.

راجع الدكتور كمال أبو المجد ، الرسالة السابقة ، ص ٥٧٠ والدكتور سعد عصفور ، المرجع السابق ، ص ١١٤ .

(١) الدكتور كمال أبو المجد ، الرسالة السابقة ، ص ٥٧٠ .

وقد أراد سييز بإقتراحه السابق أن يبتعد بمسألة الرقابة على دستورية القوانين عن جهة القضاء نظراً لما تركه هذا الأخير من أثر سيء ، وذلك عن طريق تدخله في أمور السلطة التشريعية في الوقت السابق على قيام الثورة .

الدكتور شمس علي مرغني ، المرجع السابق ص ١٦٦ ، وانظر في تفصيل ذلك الدكتور علي السيد الباز ، الرسالة السابقة ، ص ٥١ .

(٢) Georges Burdeau, op. cit, P. 95 et suiv, Michel Henry Fabre, op. cit, P. 165

(٣) وكان هذا المجلس يتكون من ثمانين عضواً لمدى الحياة وغير قابلين للعزل مع عدم جواز الجمع بين عضوية المجلس والوظائف العامة .

تطعن فيها الحكومة أو المجلس النيابي أمامه بعدم دستوريته[1]، على أن هذا المجلس لم ينجح في تحقيق ما عقد على قيامه من آمال، فبدلاً من أن يحول دون إصدار القوانين المخالفة للدستور، وجدناه قد عمل على تعديل أحكام الدستور وفقاً لرغبات وأهواء نابليون الذي عمد من جانبه على السيطرة عليه وتسخيره لتحقيق رغباته[2]. ويرد الفقه عجز المجلس المحافظ في ذلك الوقت عن تحقيق مهمته كما رسمها له الدستور إلى عاملين:

أولهما يكمن في الكيفية التي تحددت بمقتضاها اختصاصات هذا المجلس، إذ لم يكن يملك أن يباشر رقابته لدستورية القوانين إلا بالنسبة للقوانين التي تحال إليه من الحكومة، أو من المجلس النيابي بناء على طلب هيئة خاصة سميت Tribunat في ظرف عشرة أيام من تاريخ سنها وقبل إصدارها، أي أنه لم يكن للمجلس حق المبادأة في مباشرة اختصاصه الدستوري، ولم يكن متصوراً بطبيعة الحال أن تعمد الحكومة إلى حمل هذا المجلس على مباشرة اختصاصه، لأن ذلك معناه قيام الحكومة بالطعن في القوانين التي اقترحتها والتي لها صالح في تنفيذها، أما الهيئة الخاصة والتي كان من المنتظر أن يباشر المجلس رقابته بناء على طلبها، فقد سلط نابليون نفوذه عليها، فبدت هذه اللجنة عاجزة عن طلب إجراء الرقابة إزاء السلطات المطلقة للإمبراطور، إلى أن تم إلغاؤها في ١٠ أغسطس عام ١٨٠٧، وعلى هذا النحو عجز المجلس المحافظ عن مباشرة مهمته في الرقابة من الناحية العملية[3].

(١) Benoit Jeanneau, op. cit, P. 56, Marcel Prelot, op. cit, P. 219.
الدكتور كمال أبو المجد، الرسالة السابقة، ص٥٧٠، والدكتور علي السيد الباز، الرسالة السابقة، ص٥٢.

(٢) Michel Henry Fabre, op. cit, P. 165.

(٣) Georges Burdeau, op. cit, P. 96, Marcel Prelot, op. cit, P. 219.
وانظر أيضاً الدكتور علي السيد الباز، الرسالة السابقة، ص٥٣، الدكتور كمال أبو المجد، الرسالة السابقة، ص٥٧٠، والدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص١٢٦، الدكتور سعد عصفور، المرجع السابق، ص١١٦، الدكتور شمس مرغني، المرجع السابق، ص١٦٧ والدكتور رمزي طه الشاعر، المرجع السابق، ص١٤٤.

أما الآخر فيكمن في تسلط نفوذ نابليون على المجلس المحافظ ذاته، فعمل على تقويض استقلاله عن طريق اهداره للضمانات العديدة التي تم تقريرها لتحقيق استقلال أعضاء هذا المجلس(١)، إذ كان الامبراطور ينفرد وحده بتعيين هؤلاء الأعضاء(٢)، وبذلك بدا هذا المجلس عاجزاً تماماً عن مباشرة اختصاصه بالرقابة على دستورية القوانين.

ونتيجة هذين العاملين فشل المجلس المحافظ فشلاً ذريعاً في قيامه بالرقابة على دستورية القوانين، حتى أنه لم يقم من الناحية العملية بإلغاء أي اجراء أو قانون صدر مخالفاً لأحكام الدستور(٣).

ولقد كان لفشل التجربة السابقة في تاريخ الرقابة على دستورية القوانين أن أدت إلى فقدان الثقة في إمكان تحقيق رقابة فعالة عن طريق هيئة سياسية من ناحية، وإحجام المحاكم الفرنسية باصرار - نتيجة انشاء هذا المجلس المحافظ - عن التعرض لمسألة دستورية القوانين والتثبت من مدى مطابقة القانون لأحكام الدستور(٤).

وإنه لمن العجيب أن يؤدي فشل التجربة السابقة في نظر الامبراطور لويس نابليون إلى الاحتفاظ بفكرة الرقابة السياسية، فأعاد النص عليها في

---

(١) وفضلا عن ذلك فقد خضع اعضاء المجلس لنفوذ نابليون تحت تأثير عوامل الاغراء كمنحهم النياشين والألقاب والمكافآت فضلا عن أنه قد أباح لهم الجمع بين عضوية المجلس ومنصب الوزاره.

انظر Georges Burdeau, op. cit, P. 96.

(٢) Jacques Cadart, op. cit, P. 152, Michel Henry Fabre, op. cit, P. 166.

(٣) Georges Burdeau, op. cit, P. 96, Jacques Cadart, op. cit, P. 151.

وراجع الدكتور كمال أبو المجد الرسالة السابقة، ص٥٧٠، الدكتور محمد حسنين عبد العال، المرجع السابق، ص١٤٣، والدكتور علي السيد الباز، الرسالة السابقة، ص٥٥.

(٤) الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص١٢٦، الدكتور كمال أبو المجد، الرسالة السابقة، ص٥٧٠، والدكتور علي السيد الباز، الرسالة السابقة، ص٥٥.

دستور ١٤ يناير ١٨٥٢ ، وأنشأ مجلساً محافظاً على غرار المجلس السابق، وعهد إليه بمهمة الرقابة على دستورية القوانين. وإذا كان دستور عام ١٨٥٢ قد قرر ضمانات عدة لتأكيد استقلال اعضاء هذا المجلس، إلا أن الظروف قد حالت دون أن يكون هذا المجلس أسعد حظاً من سلفه ، فخضع هو الآخر لنفوذ نابليون[١] الذي عمل أول ما عمل على تقويض الضمانات المقررة له[٢]، فشلت تبعاً لذلك صفة المجلس الرقابية وصار أداة طيعة في يد نابليون لتعديل الدستور ذاته ، بدلاً من قيامه بمهمته الأساسية وهي احترام أحكام الدستور والحيلولة دون إصدار القوانين المخالفة له[٣].

تطبيق الرقابة السياسية في ظل الدستور الفرنسي الصادر عام ١٩٤٦

تبنى الدستور الفرنسي الصادر عام ١٩٤٦[٤] نظام الرقابة السياسية على دستورية القوانين ، فضمن نصوصه من ٩١ - ٩٣ تنظيماً لها مقتضاه إنشاء هيئة سياسية سميت باللجنة الدستورية Le comité constitutionnel عهد إليها

---

(١) André Hauriou, op. cit, P. 341.

(٢) الدكتور ثروت بدوي المرجع السابق ، ص١٢٩ ، الدكتور سعد عصفور ، المرجع السابق ، ص١١٧ .

(٣) ويقول هوريو في هذا الخصوص:

«Ces corps n'ont, en réalité jamais controle serieusement la constitutionnalité des lois mais il est vrai qu'ils avaient été domestiqués par le gouvernement, et que sous un régimede type dictatorial aucun systeme de contrôle de la constitutionnalité des lois ne peut donner de bons resultats». André Hauriou, op. cit, P. 341.

وانظر فضلا عن ذلك بالتفصيل: Michel Fabre, op. cit, P. 165.

(٤) ولم يتعرض دستور الجمهورية الثالثة الصادر عام ١٨٧٥ لمسألة رقابة دستورية القوانين وإنما سكت عن تنظيمها ، ويبدو ان ذلك كان مبعثه الشعور من جانب واضعي الدستور بفشل التنظيمات السابقة على نحو ما رأينا في تحقيق الرقابة الدستورية .

بمباشرة رقابة دستورية القوانين قبل إصدارها[1].

وكانت اللجنة الدستورية تشكل وفقاً للمادة ٩١ من الدستور من رئيس الجمهورية رئيساً، وعضوية كل من رئيس الجمعية الوطنية، ورئيس مجلس الجمهورية، وسبعة أعضاء تختارهم الجمعية الوطنية من غير اعضائها في بداية كل دورة سنوية على أساس التمثيل النسبي للهيئات السياسية، وثلاثة أعضاء يختارهم مجلس الجمهورية من غير أعضائه وبنفس الطريقة السابقة[2].

ويبدو أن العوامل الحزبية والسياسية قد لعبت دوراً لا يستهان به في شأن تشكيل هذه اللجنة، حتى ذهب الفقه إلى أن هذه اللجنة لم تكن في حقيقتها إلا امتداداً للبرلمان تتشكل وفقاً للشكل الغالب في البرلمان، وتتلون آراء أعضائها بلون الأحزاب التي يمثلونها، فلا يعني أعضاء هذه اللجنة عند عرض قانون عليهم بالبحث في تطابقه أو عدم تطابقه مع الدستور، بقدر ما يعنون

---

(١) ويشير الفقه إلى أن النصوص الدستورية الخاصة باللجنة الدستورية كانت دليلا واضحاً على روح التنافر التي سادت وضع الدستور وذلك نتيجة الخلاف بين الاحزاب الفرنسية التي اشتركت في الجمعية التأسيسية، والمساومات السياسية التي سادت بين هذه الأحزاب وقت وضع الدستور وخصوصاً بين حزب الحركة الجمهورية التقدمية .M.R.P والحزب الشيوعي والحزب الاشتراكي فيما يتعلق بتقرير أمر الرقابة: فرأى حزب الحركة الجمهورية التقدمية-والذي تقدم بمشروع الرقابة- في نظام الرقابة جزءاً طبيعياً لمبدأ علو الدستور وضماناً ضرورياً لحماية الأقليات وحقوق الأفراد، أما الحزب الشيوعي فقد رأى فيها نظاماً متعارضاً مع المبدأ الديمقراطي وقيداً خطيراً على الارادة الشعبية وذلك بالانتقاص من سلطات الجمعية التأسيسية، أما الحزب الاشتراكي فكان يعمل على استبعاد أي شكل للرقابة لما قد يؤدي إليه من الحيلولة دون تحقيق أهدافه في المجالات الاقتصادية والاجتماعية.

راجع في ذلك الدكتور أحمد كمال أبو المجد، الرسالة السابقة، ص٥٧١، والدكتور علي السيد الباز، الرسالة السابقة، ص٦٢.

(٢) انظر في شأن تشكيل هذه اللجنة

Julien Laferriére, op. cit, P. 954, Jacques Cadart, op. cit, TI, P. 159, Jean Mary auby et Robert — Ducos ader op, cit, P. 22.

بالتعرف على وجهة نظر الحزب الذي يمثلونه، ومدى تجاوب القانون أو عدم تجاوبه مع هذه الوجهة من النظر[١].

واللجنة الدستورية التي أنيط بها القيام برقابة دستورية القوانين لا تباشر هذه المهمة من تلقاء نفسها، وإنما يتطلب الدستور أن يكون ذلك بناء على طلب مشترك يقدم إليها من رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الجمهورية[٢]، فلا هي تستطيع أن تتصدى للموضوع بداءة، ولا تستطيع أن تتصدى له بناء على طلب من فرد أو أي هيئة أخرى أياً كانت. أما فيما يتعلق باختصاص اللجنة فكانت تختص، على حد تعبير نص المادة ٩١ من الدستور، بالبحث فيما إذا كانت القوانين التي أقرتها الجمعية الوطنية تعد تعديلاً للدستور[٣]، أم لا تعد كذلك، كما أن اختصاصها لا يمتد ليشمل مراقبة دستورية جميع القوانين التي تصدر بالمخالفة لأحكام الدستور، وإنما يكون مقصوراً فقط على تلك التي تصدر بالمخالفة لأحكام الأبواب العشرة من الدستور، دون تلك التي تصدر بالمخالفة لمبادىء الحرية التي تضمنتها ديباجة الدستور، وكذلك الباب الحادي عشر المتعلق ببيان الإجراءات الواجب اتباعها لتعديل الدستور[٤].

واختصاص اللجنة الدستورية كان سابقاً بطبيعة الحال على إصدار

(١) الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص١٢٧.

(٢) Jacques Cadart, op. cit, P. 159, Bernard Chantebout, op. cit, P. 54.

(٣) Julien Laferrière, op. cit, P. 954.

وواضح أن هذا النص لم يستعمل تعبير الرقابة وتحاشي وصف القوانين التي تقررها الجمعية الوطنية بأنها مخالفة للدستور، ويبدو أن واضعي الدستور قد قصدوا من ذلك إلى إبراز سيادة الجمعية الوطنية، فآثروا ان يصفوا القوانين المخالفة للدستور بأنها تتضمن تعديلا له، وصوروا الوضع على أساس أنها لم تكن تدرك بالفعل أنها تعدل الدستور، ومن ثم وجب تنبيهها إلى ذلك حتى ما إذا كانت تقصد حقيقة إلى تعديل الدستور أمكنها أن تتخذ الاجراءات اللازمة لتحقيقه.

الدكتور سعد عصفور، المرجع السالف الذكر، ص١٢٠.

(٤) الدكتور رمزي طه الشاعر، المرجع السابق، ص٢٤٥، الدكتور شمس مرغني علي، المرجع السابق، ص١٦٨

Jacques Cadart, op. cit, P. 160.

القانون، فإذا ما وجدت اللجنة أن هناك تعارضاً بين نصوص القانون وأحكام الدستور، فإنها تقوم أولاً بمحاولة التوفيق بين مجلسي البرلمان بوضع حد للخلاف بينهما بخصوص القانون محل النزاع. فإذا ما وفقت في هذا الشأن انتهى الأمر دون حاجة لنظر دستورية هذه القوانين. أما إذا لم توفق اللجنة بالقيام بمهمة التوفيق، كان عليها أن تبحث فيما إذا كان القانون المحال إليها يتضمن تعديلاً للدستور أم لا، فإذا ما وجدته يتضمن تعديلاً (أي مخالفاً لأحكام الدستور) فلا يكون لها حق إلغائه[1]، وإنما تقوم برده إلى الجمعية الوطنية وامتنع على رئيس الجمهورية إصداره. فإذا قامت الجمعية الوطنية بتعديل القانون على النحو الذي أشارت إليه اللجنة بالشكل الذي يتلافى اعتراضها انتهى الأمر، إذ صار القانون مطابقاً لأحكام الدستور ووجب إصداره من رئيس الدولة. أما إذا امتنعت الجمعية الوطنية عن تعديل القانون كما أوصت اللجنة فتمسكت ببقاء القانون على حاله، فلا يمكن إصدار القانون إلا بعد القيام بتعديل الدستور وفقاً للإجراءات التي حددها المشرع الدستوري في هذا الخصوص[2].

وكانت هذه اللجنة محل انتقاد شديد من جانب الفقه.

فمن ناحية - أدى أسلوب تشكيل اللجنة على النحو السابق أن صارت امتداداً للبرلمان ومرآة عاكسة لرغباته، ففقدت ما كان يجب أن يكون لها من استقلال، وعجزت بالتالي عن ممارسة أي رقابة جادة على أعمال البرلمان[3].

---

(١) Julien Laferrière, op. cit, P. 953, Pierre Pactat, op. cit, P. 42.

(٢) راجع فيما يتعلق بتشكيل اللجنة الدستورية واختصاصاتها والاجراءات الواجبة الاتباع امامها، الدكتور أحمد كمال أبو المجد، الرسالة السابقة، ص٥٧١ وما بعدها، الدكتور علي السيد الباز، الرسالة السابقة ص٦٢ وما بعدها، الدكتور محمد كامل ليله، المرجع السابق، ص١٢٣، الدكتور سعد عصفور المرجع السابق، ص١١٧ وما بعدها.

Julien Laferrière, op. cit, P. 951, 957.

(٣) الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص١٢٧، الدكتور علي السيد الباز، الرسالة السابقة، ص٦٥.

ومن ناحية ثانية فقد كانت اللجنة مقيدة في مباشرة اختصاصاتها بقيود أدت إلى شل نشاطها الرقابي . فهي لا تستطيع على الاطلاق أن تباشر الرقابة من تلقاء نفسها ، وإنما يلزم أن يقدم إليها طلب مشترك من رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الجمهورية ، مما يؤدي إلى إمكان إفلات بعض القوانين المخالفة للدستور من رقابة اللجنة ـ إن صح القول بان لها اختصاصاً جدياً ـ إذا لم يتفق كل من رئيس الجمهورية ورئيس المجلس الجمهوري على طلب بحث دستورية القانون ، أو إذا اتفقا على عدم الاعتراض عليه[1].

واللجنة الدستورية لا تستطيع فضلاً عن ذلك إجراء الرقابة على جميع القوانين المخالفة لأحكام الدستور ، إذ تنجو القوانين المخالفة لمبادىء الحرية الواردة في مقدمة الدستور من رقابتها ، وهذا ما يتضمن إهداراً لحقوق المواطنين وحرياتهم[2].

ـ ومن ناحية ثالثة أن سلطة اللجنة لم تكن تتعدى محاولة التوفيق بين مجلسي البرلمان على وضع حد بشأن القانون المخالف للدستور : وفي حالة عجزها عن القيام بالدور التوفيقي فكثيراً ما ينتهي الأمر بتعديل الدستور، فكأن الرقابة قد جرت ـ إن جاز إطلاق لفظ الرقابة ـ في ظل دستور ١٩٤٦ بقصد جعل الدستور متفقاً مع أحكام القانون أكثر من جعل القانون متفقاً مع أحكام الدستور[3] . أو إن شئنا الدقة قلنا مع الأستاذ Bernard Chantebout إنه لم

---

(١) الدكتور علي السيد الباز ، الرسالة السابقة ، ص٦٦ .

(٢) Julien Laferrière, op. cit, P. 957, Pierre Pactet, op. cit, P. 42, Bernard Chantebout, op. cit, P. 54.
الدكتور أحمد كمال أبو المجد ، الرسالة السابقة ، ص٥٧٤ ، الدكتور محمد كامل ليله ، المرجع السابق ، ص١٢٧ .

(٣) Julien Laferrière, op. cit, P. 951.
الدكتور أحمد كمال أبو المجد ، الرسالة السابقة ، ص٥٧٣ حيث يقول :
« إن دور اللجنة كان دوراً توفيقياً بحتاً تسعى خلاله إلى التقريب بين المجلسين ... وفي اعتقادنا

يكن بوسع اللجنة أو من اختصاصها إلغاء التشريعات غير الدستورية أي الصادرة بالمخالفة لأحكام الدستور بل كان بمقدورها تأخير إصدارها حتى يتم تعديل الدستور[1].

تطبيق الرقابة السياسية في الدستور الحالي عام ١٩٥٨ « دستور الجمهورية الخامسة » :

اتبع الدستور الفرنسي الحالي الصادر عام ١٩٥٨ أيضاً أسلوب الرقابة السياسية السابقة على صدور القانون. فعهد بالرقابة على دستورية القوانين إلى هيئة أطلق عليها اسم المجلس الدستوري[2] «Conseil Constitutionnel».

وقد أبانت المادة ٥٦ من الدستور عن طريقة تشكيل هذا المجلس، وتبعاً لهذه المادة يتكون المجلس الدستوري من طائفتين من الأعضاء :

أن أنصار الرقابة قد أخطأوا خطأً كبيراً بقبول هذه النصوص (النصوص الخاصة باللجنة الدستورية) وكان خيراً لهم ولمبدأ سيادة الدستور أن يتنازلوا تنازلا كاملاً عن تقرير الرقابة بمثل هذه النصوص الهزيلة ».

ويقول الدكتور محمد كامل ليله « مثل هذه الرقابة السياسية بهذه الصورة العجيبة ما هي إلا رقابة وهمية، وتنظيمها على هذا النحو يدعو إلى السخرية منها، فموقف واضعي الدستور من هذه المسألة لا شك أنه موقف بالغ الشذوذ، وهزل في مقام الجد، وتفكير غير سليم » مؤلفة سالفة الذكر ص١٢٨.

(١) «Il était prevu que son pouvoir n'était pas d'annuler les lois inconstitutionnelles mais simplement d'en retarder la promulgation jusqu'à la révision de la constitution».

Bernard Chantebout, op. cit, P. 54.

(٢) انظر في تشكيل المجلس الدستوري.

Georges Burdeau, op. cit, P. 107 et suiv, André Hauriou, op. cit, P. 1093. Benoit Jeanneau, op. cit, P. 172.

الدكتور على السيد الباز، المرجع السابق، ص٧٣ وما بعدها، الدكتور يحيى الجمل، المرجع السابق، ص٩٠ وما بعدها.

١ ـ أعضاء بحكم القانون ولمدى الحياة وهم رؤساء الجمهورية السابقين[١].

٢ ـ تسعة أعضاء آخرون مدة عضويتهم تسع سنوات غير قابلة للتجديد.

يعين رئيس الجمهورية ثلاثة منهم، ويعين رئيس الجمعية الوطنية ثلاثة آخرين، ويعين رئيس مجلس الشيوخ الثلاثة الباقون.

وقد اوجب الدستور تجديد ثلث هؤلاء الاعضاء كل ثلاث سنوات، ويقوم رئيس الجمهورية باختيار احد اعضاء المجلس الدستوري[٢] رئيساً للمجلس[٣].

ويختص المجلس الدستوري باجراء الرقابة على دستورية القوانين وذلك بجوار اختصاصاته الأخرى المنصوص عليها في الدستور[٤]. واختصاصه في

---

(١) وترجع الحكمة من تعيين رؤساء الجمهورية السابقين الى الرغبة في الاستفادة بخبراتهم السياسية التي اكتسبوها طيلة فترات حكمهم في منصب الرئاسة.

ويشير André Hauriou الى أن احداً من الاعضاء الدائمين بحكم القانون لم يشترك حتى الآن في المجلس، فقد توفي الرئيس Rene Coty عام ١٩٦٢ وقد رفض الرئيس Vincent Auriol عام ١٩٦٦ قبل وفاته الاشتراك في المجلس لمعارضته الدستور الحالي، ولم يشترك أيضاً الرئيس Charles De Gaulle بعد استقاله في هذا المجلس، أما الرئيس بومبيدو فقد توفي أثناء فترة الرئاسة. هذا ويلاحظ أن الرئيس جيسكار ديستان قد رفض الاشتراك حالياً في المجلس بعد انتهاء مدته. وعلى هذا تكون هذه العضوية قائمة من الناحية النظرية البحتة.

André Hauriou, op. cit, P. 193 No 2, Georges Burdeau, op. cit, P.108

وانظر ايضاً الدكتور على السيد الباز، الرسالة السابقة، ص٧٤ هامش ١.

(٢) لذلك روعي في التشكيل الأول للمجلس ان يعين كل من رئيس الجمهورية ورئيس الجمعية الوطنية ورئيس مجلس الشيوخ عضواً لمدة ثلاث سنوات وعضواً لمدة ست سنوات والعضو الثالث لمدة تسع سنوات. وعلى هذا النحو يمكن تجديد عضوية ثلث الاعضاء كل ثلاث سنوات في التشكيل الأول.

André Hauriou, op. cit, P. 1093, Georges Burdeau, op. cit, P. 108

(٣) وتبدوا اهمية التعيين من جانب رئيس الجمهورية في ان لرئيس المجلس الدستوري صوتاً مرجحاً عند تعادل الأصوات وفقاً لنصوص الدستور.

André Hauriou, op. cit, P. 1093

(٤) من هذه الاختصاصات الأشراف على صحة اجراءات انتخابات رئيس الجمهورية، وفحص الطعون واعلان نتائج الاقتراع (م ٥٨) وكذلك الفصل في صحة الطعون الخاصة بصحة =

مجال الرقابة يكون سابقاً على اصدار القوانين، غير انه يجب أن يلاحظ في هذا الخصوص ان رقابة الدستورية التي يباشرها المجلس وفقاً لنص المادة ٦١ من الدستور قد تكون وجوبية وقد تكون جوازية. أي اختيارية.

فهي قد تكون وجوبية Obligatoire في حالة القوانين العضوية Lois organiques، وكذلك اللوائح الخاصة بالبرلمان، إذ تطلب الدستور وجوب عرض القوانين العضوية على المجلس قبل إصدارها وكذلك لوائح مجلسي البرلمان بكل تطبيقاتها ليقر مدى موافقتها للدستور.

وقد تكون جوازية أو اختيارية Facultative وذلك بالنسبة للقوانين العادية والمعاهدات الدولية[١]. ويجوز لرئيس الجمهورية أو لرئيس الوزراء (الوزير الأول) ورئيس كل من مجلسي البرلمان الطعن بعدم الدستورية أمام المجلس (وقد أصبح هذا الحق مقرراً أيضاً لستين نائباً أو شيخاً من أعضاء الجمعية الوطنية أو مجلس الجمهورية)[٢]، أما الأفراد العاديون فليس لهم حق الطعن بعدم الدستورية[٣].

ويلاحظ أن عرض القوانين على المجلس الدستوري يكون قبل إصدارها، فهو يباشر رقابة سابقة على الإصدار، وبذلك يحول المجلس دون إصدار

= انتخابات النواب والشيوخ (م ٥٩) وكذلك الاشراف على سلامة عمليات الاستفتاء واعلان نتائجه (م ٦٠) وهو بهذه المثابة يعتبر قاضياً للانتخابات.

انظر بقية اختصاصات هذا المجلس Georges Burdeau, op. cit, P. 109

(١) راجع في الاختصاص الوجوبي والجوازي للمجلس الدستوري بالتفصيل

André Hauriou, op. cit, P. 1099, Georges Burdeau, op. cit, P. 109, 110, Benoit' Jeanneau, op. cit, P. 198.

(٢) وذلك طبقاً للمادة ٦١ فقرة ٢ بعد اجراء التعديل الدستوري الصادر في ٢٩ اكتوبر ١٩٧٤.

Claude Leclercq, op. cit, P. 96

(٣) Georges Burdeau, op. cit, P. 113, André Hauriou, op. cit, P. 1097 Benoit Jeanneau, op. cit, P. 198.

والدكتور رمزي طه الشاعر، المرجع السابق، ص٢٤٩.

القوانين المخالفة لأحكام الدستور[1]. ومتى أحيلت القوانين السابقة إلى المجلس الدستوري وجب عليه أن يصدر قراراً بشأنها في خلال شهر من تاريخ الإحالة، وإن جاز إنقاص هذه المدة إلى ثمانية أيام، إذا طلبت الحكومة نظر الموضوع على وجه الإستعجال (م ٦١)[2].

ويلاحظ أن القوانين التي يقرر المجلس عدم دستوريتها لا يمكن إصدارها أو نفاذها، وتكون القرارات الصادرة عن المجلس في هذا الخصوص نهائية أي غير قابلة للطعن فيها بأي وجه من أوجه الطعن، فضلاً عن إلزاميتها لسائر السلطات العامة وجميع الهيئات الإدارية والقضائية (م ٦٢)[3].

وقد استثنى الدستور الفرنسي من القوانين التي تعرض على المجلس للبحث في دستوريتها ومدى مطابقتها لأحكام الدستور، تلك التي تقر عن طريق الاستفتاء العام، وهي القوانين الاستفتائية Les Lois Référendaires. وهذا ما اعلنه المجلس الدستوري بمناسبة القانون الذي اجرى عليه الاستفتاء في ٢٨ اكتوبر عام ١٩٦٢، إذ قرر عدم اختصاصه في البحث في مدى مطابقة

---

(١) André Hauriou, op. cit, P. 1096, Georges Burdeau, op. cit, P. 112

واذا أقر المجلس ان نصاً من مشروع القانون قد خالف الدستور وكان هذا النص لا يمكن فصله او استبعاده عن بقية النصوص الأخرى، فان المجلس يحول دون اصدار القانون برمته. أما اذا كان هذا النص يمكن فصله دون أن يؤثر على بقية النصوص الواردة في الدستور فلرئيس الجمهورية إن يصدر القانون خالياً من النص المخالف، والاوجب عليه ان يطلب من البرلمان اعادة النظر فيه

انظر Georges Burdeau, op. cit, P. 113.

(٢) André Hauriou, op. cit, P. 1100

(٣) André Hauriou, op. cit, P. 1100

هذا ويلاحظ ان القرارات الصادرة عن المجلس بمطابقة او عدم مطابقة التشريع لاحكام الدستور تعتبر قرارات كاشفة، وهذه القرارات يجب تسبيبها كما يجب نشرها في الجريدة الرسمية

Georges Burdeau, op. cit, P. 112.

التشريعات الاستفتائية لاحكام الدستور. فهذه القوانين تمثل التعبير المباشر عن السيادة الوطنية L'expression directe de la souveraineté nationale وانه ليس لهيئة مثل المجلس الدستوري أن يراقب هذه السيادة(١).

غير ان نظام المجلس الدستوري - كهيئة لرقابة دستورية القوانين - لم يسلم من سهام النقد. إذ لاحظ الفقه الفرنسي ان تشكيل هذا المجلس قد غلب عليه الطابع السياسي، الأمر الذي يؤدي إلى عدم ضمان الاستقلال اللازم للمجلس للقيام بدوره الرقابي، هذا فضلاً عن ان تشكيل المجلس على هذا المنوال لا يضمن توافر الكفاءات القانونية بين أعضائه، ووجود هذه الكفايات يعد أمراً لازماً وأساسياً لقيام المجلس بعملية الرقابة(٢).

كما لاحظ الفقه ايضاً ان عدم قيام المجلس من تلقاء نفسه باجراء هذه الرقابة (بالنسبة للقوانين العادية) أمر يؤسف له، إذ الأمر يتوقف على استعمال الاشخاص التي حددها الدستور لحقهم في طلب اجراء الرقابة، مما قد يؤدي الى افلات الكثير من مشروعات القوانين من رقابة المجلس. ويزيد الأمر خطورة عدم قدرة المجلس على اجراء رقابته الدستورية على القوانين الصادرة عن طريق الاستفتاء، اذ كثيراً ما قد تتضمن مشروعات هذه القوانين لاحكام من شأنها تقييد حريات الافراد، ويوافق عليها الناخبون دون تقديرهم لمدلولها أو مغزاها(٣).

وأخيراً أخذ على هذا النظام في الرقابة أنه لا يقر للافراد بحق الطعن امام المجلس بعدم الدستورية في مشروعات القوانين، الأمر الذي يتضمن اضعافاً

(١) Georges Burdeau, op. cit, P. 110, André Hauriou, op. cit, P. 1100
وانظر ايضاً الدكتور يحيى الجمل، المرجع السابق، ص٩٢، والدكتور محمد حسنين عبد العال، المرجع السابق، ص١٤٩.

(٢) انظر الدكتور علي السيد الباز، الرسالة السابقة، ص٧٧.

(٣) Benoit Jeanneau, op. cit, P. 200–201
وانظر أيضاً الدكتور علي السيد الباز، المرجع السابق، ص٨١.

للرقابة وتقليلاً من أهميتها كضمانة لاحترام الأحكام الدستورية، وبصفة خاصة تلك التي تتعلق بحقوق الأفراد وحرياتهم[1].

الفرع الثاني

تطبيقات الرقابة السياسية في الدول ذات النزعة الاشتراكية

لقي نظام الرقابة السياسية في كثير من الدول ذات النزعة الاشتراكية مجالاً واسعاً لتطبيقه، حيث عهدت دساتير هذه الدول إلى هيئات لها طابع سياسي بالقيام بمهمة الرقابة على دستورية القوانين. وإذا كانت هذه الدول قد آثرت تقرير مهمة الرقابة لهيئات سياسية، فإنها قد اختلفت فيما بينها بشأن تشكيل هذه الهيئات فلم تتبع أسلوباً واحداً في هذا الخصوص. فمنها ما عقد القيام بمهمة الرقابة إلى المجلس التشريعي ذاته، ومنها ما جعل هذا الإختصاص إلى المكتب الإداري لذات المجلس، ومنها ما جعل هذا الإختصاص لهيئة معينة يتم تشكيلها خصيصاً لهذا الغرض.

فمن الدساتير التي أناطت مهمة الرقابة إلى الهيئة التشريعية ذاتها الدستور السوفيتي عام ١٩٣٦، إذ خول هذا الدستور للمجلس السوفيتي الأعلى Le Soviet suprême سلطة «الإشراف على تنفيذ الدستور الإتحادي واتخاذ الإجراءات التي تكفل توافق دساتير الجمهوريات مع نصوصه وأحكامه (م ١٤)»[2].

---

(١) Georges Burdeau, op. cit, P. 113.

لذلك يقرر الفقه الفرنسي ان الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا تكون مقررة أصلاً لحماية السلطات العامة، أما في الولايات المتحدة - حيث يجوز للأفراد الطعن بعدم الدستورية - فتكون الرقابة - وهي قضائية - مقررة لصالح المواطنين.

انظر في ذلك André Hauriou, op. cit, P. 1097-1098

(٢) Georges Burdeau, op. cit, P. 96

الدكتور احمد كمال او الجد، الرسالة السابقة، ص٥٧٤، الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص١٢٩.

ومن هذه الدساتير ايضاً الدستور البلغاري الصادر عام ١٩٤٨، الذي نص على اختصاص السلطة التشريعية بالفصل فيا اذا كانت الشروط التي يتطلبها الدستور قد روعيت عند اصدار القانون وبحث ما إذا كان القانون مخالفاً للدستور (م ٢٥)[١].

وكذلك دستور الصين الشعبية الصادر في ٢٠ سبتمبر عام ١٩٥٤ والذي نص على اختصاص الجمعية الصينية لنواب الشعب بالرقابة على تطبيق الدستور (م ٢٠) اي اجراء الرقابة على دستورية القوانين[٢]. وكذلك دستور الجمهورية الاشتراكية التشيكوسلوفاكية الصادر في ١١ يوليو عام ١٩٦٠ والذي نص على اختصاص الجمعية الوطنية (الهيئة التشريعية) بمراقبة احكام الدستور، وحقها في الغاء اي قانون يقره المجلس الوطني التشيكوسلوفاكي، اواي أمر أو قرار يصدر عن الحكومة أو لجنة وطنية اقليمية إذا ما تضمن ما يتعارض مع احكام الدستور او اي قانون آخر[٣].

ومن هذه الدساتير ما عهدت بمهمة رقابة دستورية القوانين الى المكتب الاداري للمجلس الشعبي او لجنة من لجانه، كالدستور اليوغوسلافي الصادر عام ١٩٤٦ والذي نص على اختصاص Praesidium d'assemblée populaire بالتحقق من عدم مخالفة قوانين الدويلات للقوانين الاتحادية أو لنصوص الدستور الاتحادي (م ٧٤ فقرة ٤)[٤]. ومن الدساتير التي أخذت بهذا الأسلوب

---

(١) الدكتور علي السيد الباز، الرسالة السابقة، ص٩١، الدكتور احمد كمال أبو المجد، الرسالة السابقة، ص٧٤.

(٢) الدكتور علي السيد الباز، الرسالة السابقة، ص٩١.

(٣) الدكتور شمس مرغنى علي، المرجع السابق، ص١٧٣.

(٤) الدكتور احمد كمال أبو المجد، الرسالة السابقة، ص٥٧٥.

وفي الوقت الحاضر تبنى الدستور اليوغوسلافي الجديد الصادر عام ١٩٦٣ نظام الرقابة القضائية انظر المادتين ٧٤، ١٤٦ حيث نصت الأولى على أن تتولى المحكمة الدستورية حماية الدستور، ونصت الثانية على اختصاص المحاكم الدستورية باعتبارها مسؤولة عن صيانة مبدأ =

أيضاً فمنحت حق الرقابة للجنة من لجان المجلس، دستور البانيا الصادر في ١٥ مارس ١٩٤٦ (م ٥٤) والدستور التشيكوسلوفاكي الصادر في ٩ مايو ١٩٤٨ (م ٦٥)(١).

ومن الدساتير ما عقد الاختصاص بمهمة الرقابة على دستورية القوانين إلى لجان معينة شكلت خصيصاً لهذا الغرض - على غرار اللجنة الدستورية التي شكلت طبقاً للدستور الفرنسي الصادر عام ١٩٤٦، أو المجلس الدستوري الذي شكل طبقاً للدستور الصادر عام ١٩٥٨ - مثل دستور جمهورية المانيا الديمقراطية (المانيا الشرقية) الصادر في اكتوبر عام ١٩٤٩ والذي نص على أن يشكل مجلس الشعب - لمثل مدته - لجنة دستورية يختارها وتمثل فيها كل الجماعات التي بالمجلس حسب أهميتها، ويكون من أعضائها ثلاثة من أعضاء المحكمة العليا، وثلاثة من الخبراء الالمان في القانون السياسي من غير أعضاء المجلس التشريعي. ويكون من اختصاص هذه اللجنة فحص دستورية قوانين الجمهورية، على أن تكون سلطة البت بصفة نهائية من اختصاص مجلس الشعب (م ٦٦)(٢).

ويضيف الفقه فضلاً عن الصور السابقة صوراً أخرى للرقابة السياسية منها إجراء الرقابة بواسطة رئيس السلطة التشريعية. ومثال ذلك ما نص عليه التشريع الدستوري السويدي الصادر عام ١٨٠٦ من حق رئيس المجلس النيابي في منع التصويت على مشروع قانون غير دستوري (م ٦١)(٣). ومنها أيضاً اجراء الرقابة بواسطة رئيس الدولة عن طريق حقه في الاعتراض على

= الدستورية ببحث مطابقة القانون للدستور.
الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص١٣٠.

(١) الدكتور علي السيد الباز، المرجع السابق، ص٩٢، الدكتور رمزي طه الشاعر، المرجع السابق، ص٢٥١.

(٢) الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص١٣١، الدكتور علي السيد الباز، الرسالة السابقة ص٩٤، الدكتور احمد كمال أبو المجد، الرسالة السابقة، ص٥٧٥.

(٣) الدكتور علي السيد الباز، الرسالة السابقة، ص٩٢.

مشروعات القوانين المخالفة للدستور مثال ذلك الدستور البرازيلي الصادر عام ١٩٣٧ (م٦٦)[١]. ومن هذه الصور أيضاً إجراء الرقابة بواسطة رئاسة الحزب الحاكم في الدولة، ومثال ذلك ما نص عليه الدستور السوفيتي الصادر عام ١٩٢٤ والذي نص على إسناد الرقابة إلى رئاسة اللجنة المركزية التنفيذية وكذلك المحكمة العليا، وإن كان دور هذه المحكمة دوراً استشارياً ولا يتم إلا بناء على طلب اللجنة المركزية ذاتها[٢].

الفرع الثالث

تقدير الرقابة السياسية

رأينا أن اسلوب الرقابة السياسية يفترض وجود هيئة سياسية يعهد اليها الدستور بمهمة التثبت من مطابقة اعمال السلطة التشريعية للدستور فهي رقابة سابقة على صدور القوانين وتحول دون اصدار المخالف منها لاحكام الدستور، ومن ثم فهي رقابة وقائية.

وقد يبدو لأول وهلة ان الرقابة السياسية - بالمعنى السابق - تعد أمراً مقبولاً ومنطقياً[٣]: فمن ناحية تبدو منطقية هذه الرقابة - باعتبارها رقابة سابقة على صدور القانون - بانها اكثر فائدة واكثر فاعلية من سواها من طرق

---

(١) الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص١٣١.
(٢) الدكتور علي السيد الباز، الرسالة السابقة، ص٩٣.
(٣) Georges Burdeau, op. cit, P. 95
اذ يرى ان الرقابة على دستورية القوانين هي رقابة قانونية من حيث موضوعها ورقابة سياسية من حيث آثارها، ويصف الهيئة التي تمارس هذه الرقابة بالسيد الحقيقي Le véritable maitre، وأن تشريعاً ما لا يمكن ان يتم بدون موافقته ومن ثم لزم منطقياً أن تكون هذه الهيئة هيئة سياسية.

الرقابة القضائية اللاحقة. إذ مفاد هذا النوع من الرقابة الحيلولة دون إصدار القوانين المخالفة للدستور إعمالاً للمبدأ القائل «ان الوقاية خير من العلاج»[1].

ومن ناحية اخرى تبدو منطقية هذه الرقابة في اتفاقها مع الطبيعة السياسية لعملية الرقابة على دستورية القوانبن والآثار المترتبة عليها، ومن ثم يغدو منطقياً ان تباشر هذه الرقابة هيئة تتسم بالطابع السياسي[2].

غير أن نظام الرقابة السياسية وإن ظهر منطقياً ومقبولاً من الناحية النظرية، فإنه لم يحقق نجاحاً يذكر في تطبيقه العملي. اذ عجز هذا النظام عن تحقيق ما يجب كفالته لاحكام الدستور من احترام وقدسية. وهذا ما شهد به الواقع التطبيقي لنظام الرقابة في فرنسا، حيث اتخذت صوراً لا تبعث على الثقة في قدرتها على أداء عملها، ومنيت بالفشل في الكثير من المواقف التي تعرضت لها في الفصل في مسألة الدستورية.

وقد وجه الفقه العديد من سهام النقد لهذا الأسلوب في الرقابة حتى فقد انصاره، واذا كان هذا النظام لا يزال مطبقاً حتى الآن في فرنسا، فإن اغلب الدساتير قد هجرته متجهة الى اسلوب الرقابة القضائية لرقابة دستورية القوانبن.

ويمكن اجمال سهام النقد التي وجهها الفقه الى نظام الرقابة السياسية فيما يلي:

أولاً: ان الرقابة على دستورية القوانين لها طبيعة قانونية لا يمكن انكارها. الأمر الذي يفترض مراعاة الجانب القانوني في تشكيل الهيئة القائمة باجرائها. فاجراء الرقابة يتطلب مؤهلات فنية خاصة وكفاءة قانونية على

---

(١) أنظر الدكتور عبد الحميد متولي، المرجع السابق، ص١٩٩، الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص١٢٢، الدكتور رمزي طه الشاعر، المرجع السابق، ص٢٥٣.

(٢) الدكتور علي السيد الباز، الرسالة السابقة، ص٩٨، الدكتور ثروت بدوي المرجع السابق، ص١٢٢

مستوى معين لدى القائمين بها حتى يستطيع هؤلاء الوقوف على حقيقة احكام الدستور ومدى موافقة القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية لهذه الأحكام أو عدم موافقتها، وكذلك معرفة الاختصاص المقرر للسلطة التشريعية وحدوده. كل ذلك يفترض ان يكون لدى الهيئة المكلفة باجراء الرقابة التكوين القانوني والقدرة على تفهم أحكام الدستور نصاً وروحاً.

وإذا كان الأمر كذلك فلا يتصور اذن منح الرقابة على دستورية القوانين لهيئة لها طابع سياسي ينعدم لدى افرادها القدرة على فهم القانون وما يثور حوله من مشاكل، اذ ستعمل هذه الهيئة على تغليب الاعتبارات السياسية بحكم تكوينها على الاعتبارات القانونية[1].

ثانياً: لما كان مفهوم رقابة دستورية القوانين يعني في ذاته وضع حد للنزوات والأهواء السياسية لإحدى السلطات العامة - السلطة التشريعية - ومنع طغيانها إذا ما تركت دون رقابة، فإن الأخذ بنظام الرقابة السياسية ووضع مهمة الرقابة في يد هيئة لها طابع سياسي يشكل خطراً كبيراً لا جدال فيه. ذلك أن هذه الهيئة السياسية التي يناط بها أمر إجراء الرقابة يمكن أن تخضع لذات النزوات والأهواء السياسية التي تخضع لها الهيئات السياسية الأخرى ونعني على وجه الخصوص السلطة التشريعية. فكأننا في هذا المجال قد عملنا على وضع حد للنزوات الاستبدادية والشهوات السياسية لإحدى الهيئات السياسية (السلطة التشريعية) عن طريق هيئة أخرى ليست بمنجاة عن تلك النزوات أو الشهوات، ما دام أنها أيضاً هيئة لها طابع سياسي[2]. . كما يؤدي

(١) الدكتور علي السيد الباز، الرسالة السابقة، ص١٠١، الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص١٢٣ وأنظر أيضاً Georges Burdeau, op. cit, P.84.

(٢) الدكتور عبد الحميد متولي، المرجع السابق، ص١٩٩، الدكتور علي السيد الباز، الرسالة السابقة، ص٩٩.

ذلك أيضاً إلى نقل مركز الثقل في النظام السياسي من السلطة التشريعية إلى تلك الهيئة السياسية المكلفة بالرقابة، وتصبح هذه الهيئة بمثابة السلطة العليا التي تعلو سائر السلطات السياسية في الدولة(١).

ثالثاً: إن نظام الرقابة ـ كما قيل ـ يتطلب أول ما يتطلب حتى يكون مؤثراً وفعالاً أن تتمتع الهيئة القائمة بالرقابة بالاستقلال والحيدة في مواجهة جميع السلطات. فتمارس رقابتها في حيدة تامة بعيدة عن المؤثرات والأهواء، وهو ما لا يتوافر بالنسبة لهيئات الرقابة السياسية إذ يتم تشكيلها بطريقة أو بأخرى تجعل منها هيئة تابعة لغيرها من السلطات المنشأة في الدولة.

فهذه الهيئة إما أن يتم تشكيلها من جانب السلطة التشريعية(٢)، وفي هذه الحالة ستكون هيئة الرقابة عرضة للخضوع لاتجاهات البرلمان ولرحمته، الأمر الذي ينتفي معه أية رقابة فعالة ومؤثرة. إذ لا تخرج هذه الهيئة عن كونها امتداداً للبرلمان وانعكاساً لاتجاهاته وآرائه، وإما أن يتم تشكيل هذه الهيئة عن طريق التعيين من جانب الحكومة أي السلطة التنفيذية، وفي تلك الحالة سوف تكون هيئة الرقابة تابعة لها وخاضعة لتعاليمها. الأمر الذي قد يؤدي إلى تشكك البرلمان في هذه الهيئة على أساس أنها امتداد للسلطة التنفيذية، وإن رقابتها ستكون موجهة من جانب هذه السلطة الأخيرة، مما قد يؤدي إلى حدوث تصادم مستمر بين كل من السلطتين التشريعية والتنفيذية(٣)، وإلى خلق أزمات لا حد لها.

وقد يتم تشكيل هذه الهيئة من جانب الشعب بطريق الأنتخاب المباشر

---

(١) الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص١٢٣.

(٢) وقد تشكل هذه الهيئة من عدد من اعضاء السلطة التشريعية ذاتها، أو أن تقوم هذه السلطة بنفسها باختيار اعضاء الهيئة التي يوكل اليها القيام بمهمة الرقابة

(٣) الدكتور علي السيد الباز، الرسالة السابقة، ص١٠٠، الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص١٢٤.

وهنا يزداد الأمر خطورة ، إذ قد تظن هذه الهيئة المنتخبة أنها تمثل الشعب ، وأنها تعلو تبعاً لذلك غيرها من الهيئات الأخرى ، فتتنازع معها النفوذ والسلطات وتحاول السيطرة عليها باعتبارها أعلى هيئة منشأة في الدولة[1].

وقد يتم تشكيل هيئة الرقابة عن طريق الأختيار الذاتي ، وفي هذه الحالة ستكون هذه الهيئة هيئة ارستقراطية لا تتفق ومبادىء الديمقراطية المعاصرة[2].

رابعاً: إن اسلوب الرقابة السياسية يؤدي غالباً الى حرمان الأفراد من حق الطعن بعدم الدستورية أمام هيئات الرقابة على نحو ما سبق واشرنا في التطبيق الفرنسي ، اذ كان هذا الحق مقصوراً فقط على احدى الهيئات العامة دون الأفراد.

هذه حصيلة الانتقادات التي ساقها الفقه لعدم جدوى الرقابة السياسية كأسلوب لكفالة احترام أحكام الدساتير. وقد أدت هذه الانتقادات جميعها إلى انكماش وضمور أصاب هذا الأسلوب. وهو وإن بقي - كما سبق ورأينا - مطبقاً في فرنسا حتى وقتنا الحاضر وفي غيرها من البلدان ذات النزعة الاشتراكية ، فإن غالبية الدول قد رفضت التمسك به فعزفت عن تطبيقه ورأت في الرقابة القضائية خير أسلوب لكفالة احترام أحكام دساتيرها.

---

(١) الدكتور علي السيد الباز ، الرسالة السابقة ، ص١٠٠ ، الدكتور ثروت بدوي ، المرجع السابق ، ص١٢٤ .

(٢) الدكتور طعيمة الجرف ، المرجع السابق ، ص١٤٦ ، الدكتور رمزي طه الشاعر ، المرجع السابق ، ص٢٥٥ .

المطلب الثاني

اسلوب الرقابة القضائية[1]

يقصد بالرقابة القضائية على دستورية القوانين قيام القضاء بالتحقق من مدى مطابقة القانون لأحكام الدستور. فالرقابة القضائية ترمز إذن إلى الهيئة التي تباشرها وطابعها القضائي.

ولم تتفق الدول التي تبنت أسلوب الرقابة القضائية على طريق واحد لممارسة هذه الرقابة، فتنوعت هذه الطرق وتباينت. إلا أنه ـ على أي حال ـ يمكن تقسيمها تبعاً للأثر الذي يترتب على إجراء الرقابة بالنسبة للقوانين المخالفة لأحكام الدستور إلى طريقين رئيسيين: أولهما رقابة الإلغاء، والآخر رقابة الامتناع.

وسوف نعرض لهذين الطريقين في فرعين متتاليين على النحو التالي:

الفرع الأول في رقابة الالغاء.

الفرع الثاني في رقابة الامتناع.

الفرع الأول

رقابة الإلغاء

(الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية)

Controle par voi d'action

يقصد برقابة الإلغاء قيام القضاء بالحكم ببطلان القانون أو بالغائه إذا ما تبين له أن القانون مخالف لأحكام الدستور.

ويفترض هذا الطريق في الرقابة ـ رقابة الإلغاء ـ أن قانونا ما قد صدر ـ فهي رقابة لاحقة على إصدار القانون ـ ويقوم صاحب الشأن الذي يتضرر منه

(١) Contrôle par un organe Juridictionnel

بالطعن فيه مباشرة أمام محكمة مختصة - يحددها الدستور - عن طريق الدعوى الأصلية يطلب فيها إلغاء القانون لعدم دستوريته، أي لمخالفته لأحكام الدستور. وفي هذه الحالة تقضي المحكمة بإلغائه إذا ما تبين لها صحة ادعاء صاحب الشأن[١].

وعلى هذا النحو تكون الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية[٢] بمثابة إجراء أو وسيلة هجومية[٣] affensive تتحصل في مهاجمة القانون ذاته ومباشرة، ويستطيع صاحب الشأن أن يرفع هذه الدعوى بصفة أصلية واستقلالاً عن أي نزاع آخر، فهي دعوى مبتدأة يوجهها صاحب الشأن ضد القانون المخالف للدستور يطلب فيها القضاء ببطلانه[٤]، وينعت الفقه الفرنسي هذه الدعوى بأنها دعوى موضوعية Un proces objectif - تمييزاً لها عن الدعاوى الشخصية -

(١) انظر في ذلك

Julien Laferriere, op. cit, P. 312, Michel Henry Fabre, op. cit, P. 169, Bernard Chantebout, op. cit, P. 53. Marcel Prelot, op. cit, P. 226–227, Georges Burdeau, op. cit, P. 97, Jean Mary Auby et Robert Ducos Ader, op. cit, P. 22, Jacques Cadart, op. cit, P. 153.

(٢) ينتقد الدكتور سعد عصفور وصف الكتاب المصريين لهذه الدعوى بأنها دعوى أصلية بانه تزيد لا موجب له، ذلك ان اصطلاح الدعوى يفيد بذاته أنها دعوى مبتدأة أو أصلية، ويستند في ذلك تعزيزاً لرأيه بأن الوصف المذكور لا مقابل له في الاصطلاح الفرنسي الذي يترجم لكتاب الى العربية وهو Par voie d'action أي طريق الدعوى، ويقول الدكتور سعد عصفور في هذا الخصوص «ولا محل للإعتراض علينا بأن الدعوى قد تكون فرعية فيكون هناك مبرر لوصف الدعوى بأنها اصلية، اذ ان الكتاب إنما أرادوا أن يميزوا بين الدفع والدعوى، لا بين الدعوى الأصلية والدعوى الفرعية، فضلاً على أن المطلق ينصرف الى الفرض الكامل، ومن ثم ينصرف اصطلاح الدعوى إلى أنها اصلية ما لم ينبه الى انها فرعية».

الدكتور سعد عصفور، المرجع السابق، ص١٧٠ هامش ٢.

(٣) Julien Laferriere, op. cit, P. 312, Georges Burdeau, op. cit, P. 97.

الدكتور عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والانظمة السياسية، ١٩٦٦ ص٢٠، الدكتور فؤاد العطار، المرجع السابق، ص٢٦٠، الدكتور طعيمة الجرف، المرجع السابق، ص١٥١، الدكتور علي السيد الباز، الرسالة السابقة، ص٣٥٥.

(٤) Michel Henry Fabre, op. cit, P. 169, Jacques Cadart, op. cit, TI, P. 153

لأنها توجه ضد القانون ذاته[1] ، وتقوم على اختصامه .

وإذا كان الحق في مباشرة هذه الدعوى يعد من الحقوق التي قد تثبت للأفراد من نصوص الدستور مباشرة ، فإنه يجب أن يلاحظ أنه لا يكون لجميع الأفراد حق رفع هذه الدعوى دون قيد ، وإلا كانت بمثابة دعوى الحسبة ، وإنما يشترط أن يكون لرافع الدعوى مصلحة جدية في إلغاء القانون . ولا يشترط في هذه المصلحة أن يكون القانون المراد اختصامه قد مس فعلاً حقاً من حقوق رافع الدعوى أو مصلحة من مصالحه ، وإنما يكفي أن يكون القانون المطلوب إلغاؤه من شأنه إذا طبق أن يمس حقاً أو مصلحة له ولو محتملة ، وفي هذه الحالة يستطيع صاحب الشأن أن يرفع دعواه ودون حاجة لأن ينتظر تطبيق القانون عليه[2] .

ويلاحظ أن الحكم الصادر من المحكمة بإلغاء القانون أو ببطلانه - بعد التثبت من مخالفة القانون للدستور - يكون له حجية مطلقة[3] تجاه الكافة

---

(١) يقول ميشيل هنري فابر في هذا الخصوص :
إذا كانت القاعدة المستقر عليها في المجال القانوني ان الدعوى تقام بين طرفين : مدع ومدعي عليه ، فتكون الدعوى شخصية Subjectif فان الأمر على خلاف ذلك بالنسبة لدعوى عدم الدستورية ، إذ لا يوجد سوى مدع في هذه الدعوى ولا يوجد مدعي عليه ، فهذه الدعوى تقام ضد عمل قانوني هو التشريع لا ضد شخص قانوني .

«Le proces est dirige non point contre une personne juridique mais contre un acte juridique, une loi».

انظر Michel Henry Fabre, op. cit, P. 169

(٢) انظر الدكتور فؤاد العطار ، المرجع السابق ، ص٢٦١ ، وفي نفس المعنى انظر الدكتور محمد حسنين عبدالعال ، المرجع السابق ، ص١٥٥ .

(٣) Georges Burdeau, op. cit, P. 98, Claude Leclercq, op. cit, P. 91, Benoit Jeanneau, op. cit, P. 56.

انظر ايضاً الدكتور محمد كامل ليله ، المرجع السابق ، ص١٤٤ ، الدكتور ثروت بدوي ، المرجع السابق ، ص١٣٣ .

Erga Omnes ، مما يؤدي إلى حسم النزاع حول دستورية القانون مرة واحد وبصفة نهائية ، وبالتالي لا يسمح في المستقبل بإثارة مشكلة الدستورية مرة أخرى من جديد أمام القضاء بشأن الحالات الفردية التي يحكمها هذا القانون[1] ، الأمر الذي يؤدي إلى وحدة التطبيق الدستوري داخل الدولة ، ويحول دون تضارب أحكام القضاء في هذا الخصوص[2] .

على انه يلاحظ أن بعض الدول التي تبنت نظام الرقابة القضائية على دستورية القوانين عن طريق الدعوى الأصلية لم تشأ ان تترك باب الطعن مفتوحاً أمام الأفراد ، بل اغلقته تماماً في وجوههم ، وجعلت حق الطعن بعدم دستورية القوانين حقاً مقصوراً على بعض هيئات عامة تحددها الدساتير[3] .

(١) Marcel Prelot, op. cit, P. 226.

الدكتور علي السيد الباز ، الرسالة السابقة ، ص٣٥٦ ، الدكتور عبد الحميد متولي ، المرجع السابق ، ص٢٠١ ، الدكتور رمزي الشاعر ، المرجع السابق ، ص٢٧٠ .

(٢) وعلى هذا النحو يكون الحكم الصادر من القضاء ببطلان القانون ذي أثر كاشف اي كاشف عن مخالفة القانون لاحكام الدستور وليس مقرراً لتلك المخالفة

(٣) ومثال ذلك الدستور السوري الصادر عام ١٩٥٠ حيث كان يقصر حق الطعن امام المحكمة العليا في القوانين المخالفة الدستور على رئيس الجمهورية وربع اعضاء مجلس النواب .

ومن ذلك ايضاً الدستور التشيكوسلوفاكي ودستور النمسا الصادرين عام١٩٢٠ ، فالدستور التشيكوسلوفاكي كان يشترط ان يقدم الطعن الى المحكمة الدستورية من قبل الهيئات التالية : المحكمة القضائية العليا ، أو المحكمة الادارية العليا ، أو المحكمة المختصة بطعون الانتخابات ، او المجالس التشريعية ، وإن كان حق الطعن لكل من المحكمة القضائية العليا أو المحكمة الادارية العليا يفتح - بطريق غير مباشر - باب الطعن أمام الأفراد ، إذا أجازت لهم هذه المحاكم الطعن أمامها فإذا اقتنعت بصحته رفعته بدورها الى المحكمة الدستورية للفصل فيه .

أما دستور النمسا الصادر عام ١٩٢٠ وكذلك دستورها الحالي الصادر عام ١٩٤٥ قد منح حق الطعن في دستورية القوانين للحكومة المركزية الاتحادية والحكومات المحلية وحدها ، إلا أن المحكمة الدستورية ، وهي المختصة برقابة الدستورية ، قد سمحت للمحكمة القضائية العليا ، والمحكمة الادارية ، بالطعن بالالغاء أمامها ، وباعطاء هذه المحاكم ذلك الحق امكن للافراد ان يطعنوا امامها بعدم الدستورية بطريق غير مباشر بمناسبة دعوى مرفوعة ، فاذا ما اقتنعت هذه المحاكم بصحة الدفع ، طعنت بدورها بالغاء القانون امام المحكمة الدستورية .

راجع في هذا الخصوص : الدكتور ثروت بدوي ، المرجع السابق ، ص١٣٨ هامش ١

ولا مراء في أن حرمان الأفراد من حق الطعن وإيكاله فقط لبعض الهيئات العامة، من شأنه أن يقلل من أهمية الرقابة كسلاح لحماية الدستور وأداة لكفالة أحكامه، ذلك أن هذه الهيئات العامة - التي قد يناط بها الطعن في دستورية القانون - قد تجد من مصلحتها عدم إثارة الطعن إذا ما كان القانون يتفق وتحقيق أهدافها[1]، بل أن ذلك يؤدي في كثير من الحالات إلى أن يصبح القضاء المختص بالنظر في أمر الدستورية قضاء تحكيم لفض ما يثور من منازعات بين مختلف السلطات العامة، بدلاً من أن يكون حارساً على الدستور وحامياً لحقوق الأفراد التي يعمل الدستور على كفالتها[2]. ونظراً لخطورة النتائج التي تترتب على إجراء الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية من إلغاء القانون المخالف للدستور بالنسبة للكافة، واعتباره كأن لم يكن أي بأثر رجعي[3]. فإنه يبدو من غير المنطقي أن تكون هذه السلطة في متناول جميع المحاكم باختلاف أنواعها وباختلاف درجاتها، بل يكون من البديهي بل ومن الضروري أن يعهد بهذا النوع من الرقابة إلى محكمة واحدة، فيكون الاختصاص بنظر دعوى إلغاء القانون لعدم الدستورية من اختصاص محكمة واحدة يحددها الدستور، وبمعنى آخر يلزم الأخذ بالنظام المركزي في تقرير الرقابة على دستورية القوانين[4].

وإذا كان الاتجاه الغالب في الدساتير الحديثة يميل نحو اتباع النظام

والدكتور محمد كامل ليله، المرجع السابق، ص١٤٩، الدكتور احمد كمال أو الجد، الرسالة السابقة، ص٥٨٢ وما بعدها.

وانظر أيضاً بخصوص الدستور التشيكوسلوفاكي والنمساوري.

Julien Laferriere, op. cit, P. 313-314

(١) الدكتور محمد كامل ليله، المرجع السابق، ص١٤٩، والدكتور رمزي طه الشاعر، المرجع السابق، ص٢٧١.

(٣) الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص١٣٨.

(٣) إلا إذ نص الدستور على زوال اثر القانون الذي تم الغاؤه لعدم الدستورية بالنسبة للمستقبل فقط.

(٤) راجع في النظام المركزي والنظام اللامركزي فيما يتعلق بالرقابة على دستورية القوانين الدكتور احمد كمال ابو الجد، الرسالة السابقة، ص٥٧٧.

المركزي في الرقابة، فإن هذا النظام قد تم تحقيقه باسلوبين. فبعض الدساتير قد جعلت الرقابة على دستورية القوانين من اختصاص المحكمة العليا في النظام القضائي العادي، وبعضها الآخر قد جعلت هذا الاختصاص لمحكمة دستورية خاصة تنشأ خصيصاً لهذا الغرض[1].

١ - اناطة الاختصاص بالرقابة على دستورية القوانين للمحكمة العليا في النظام القضائي العادي:

في هذه الحالة لا يعمل الدستور على انشاء محكمة خاصة تشكل خصيصاً للرقابة على دستورية القوانين، وانما يعهد بهذه الرقابة الى المحكمة العليا في قمة النظام القضائي المطبق في الدولة (كمحكمة النقض مثلاً) فتمارس هذه المحكمة مهمة الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدعوى الأصلية، الى جانب اختصاصاتها القضائية الأخرى التي يحددها القانون[2].

ومن قبيل الدساتير التي أناطت الاختصاص برقابة دستورية القوانين للمحكمة العليا في قمة النظام القضائي العادي الدستور الحالي للاتحاد السويسري[3]، ودستور كولومبيا عام ١٨٨٦، ودستور فنزويلا عام ١٩٣١، ودستور كوبا عام ١٩٣٤.

(١) Benoit Jeanneau, op. cit, P. 57, Jean Mari auby et Robert Ducos, op. cit, P. 22

(٢) انظر في اختصاص المحكمة العليا La cour supreme في النظام القضائي العادي بشأن اجراء الرقابة
الدكتور علي السيد الباز، الرسالة السابقة، ص٣٥٩.
Marcel Prelot, op. cit, P. 227, Julien Laferriere, op. cit, P. 312-319

(٣) إذا جعل هذا الدستور للمحكمة الاتحادية وحدها وبناء على طلب ذوي الشأن وطنيين كانوا أو اجانب الحق في طلب الغاء القانون لمخالفته للدستور الاتحادي او لدساتير الولايات، غير ان اختصاص المحكمة المذكورة لا يمتد الى القوانين الاتحادية وانما يقتصر على القوانين الصادرة من مجالس الولايات دون تلك التي يسنها المجلس الاتحادي.
انظر
Michel Henry Fabre, op. cit, P. 169, Claude Leclercq, op. cit, P. 92, Julien Laferriere, op. cit, P. 313

ومن الدساتير الحديثة التي أناطت الاختصاص برقابة الدستورية للمحكمة العليا، أيضاً، دستور جمهورية السنغال الصادر عام ١٩٦٠، ودستور جمهورية الصومال الصادر عام ١٩٦٠[١]، ودستور جمهورية السودان الصادر عام ١٩٧٣.

٢ - اناطة الأختصاص بالرقابة على دستورية القوانين لمحكمة دستورية خاصة[٢].

في هذه الحالة يعمل الدستور على إنشاء محكمة متخصصة تكون مهمتها مراقبة دستورية القوانين، وتسمى هذه المحكمة غالباً بالمحكمة الدستورية الخاصة، وتختص دون سواها بالحكم في الدعوى الأصلية بطلب إلغاء القانون المخالف للدستور.

ومن قبيل الدساتير التي أخذت بنظام المحكمة الدستورية الخاصة، الدستور التشيكوسلوفاكي الصادر عام ١٩٢٠، والدستور النمساوي الصادر عام ١٩٢٠ والمعدل عام ١٩٢٩، وكذلك دستورها الحالي الصادر عام ١٩٤٥، والدستور الاسباني الصادر عام ١٩٣١[٣]، والدستور الإيطالي الحالي الصادر عام ١٩٤٧، والدستور الحالي لالمانيا الغربية الصادر عام ١٩٤٩[٤]، والدستور العراقي الصادر عام ١٩٢٥، والدستور السوري الصادر عام ١٩٥٠، ودستور

= راجع الدكتور ثروت بدوي المرجع السابق، ص١٣٥، والدكتور طعيمة الجرف، المرجع السابق، ص١٥٢.

(١) الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص١٣٥، الدكتور محمد حسنين عبد العال، المرجع السابق، ص١٥٧.

(٢) وقد عملت اغلب الدساتير الأوروبية في الفترة فيا بين الحربين العالميتين على الاخذ بأسلوب المحكمة المختصة للنظر في دستورية القوانين.

(٣) Marcel Prelot, op. cit, P. 227
Marcél Prelot, op. cit, P.227.
Julien Laferriere, op. cit, P.313.
والدكتور على السيد الباز.، الرسالة السابقة، ص٣٦٨.

(٤) Marcel Prelot, op. cit, P.227.
وانظر أيضاً:

دولة الكويت الصادر عام ١٩٦٢[١].

وإذا كانت بعض الدساتير تميل إلى إسناد مهمة الرقابة إلى المحكمة العليا في النظام القضائي العادي، وبعضها الآخر يميل إلى إسناد هذه المهمة إلى محكمة دستورية خاصة على النحو السابق، فقد قيل بشأن تفضيل إناطة الاختصاص برقابة الدستورية للمحكمة العليا في النظام القضائي، إن إسناد الاختصاص للمحكمة العليا يمثل الوضع الطبيعي للأمور، ذلك أن القضاء هو المختص أصلاً بالرقابة على الدستورية، وقيام هذه المحكمة بالرقابة هو نوع من التنظيم القضائي، هذا فضلاً عن عدم إثارة حساسية المشرع عند قيام المحكمة العليا بإلغاء القوانين غير الدستورية، وذلك على خلاف ما يؤدي إليه عقد الاختصاص بالرقابة إلى محكمة دستورية خاصة من إثارة الكثير من الحساسيات بين السلطة التشريعية وهذه المحكمة الخاصة، لما قد يرسخ في عقيدة السلطة التشريعية من أن هذه المحكمة الخاصة قد أنشئت خصيصاً لرقابتها، وتزداد هذه الحساسية إذا ما أفرطت المحكمة الخاصة وغالت في فرض رقابتها على أعمال السلطة التشريعية، ونظرت هذه المحكمة إلى نفسها على أنها هيئة تعلو السلطة التشريعية بحكم رقابتها على أعمال هذه السلطة الأخيرة.

كما قيل في شأن تفضيل نظام المحكمة العليا إن الرقابة على دستورية القوانين تظل محتفظة بطابعها القضائي الخالص، نظراً لتشكيلها القانوني البحت

= الدكتور احمد كمال ابو المجد، المرجع السابق، ص٥٨٣، والدكتور سعد عصفور، المرجع السابق، ص١٧٢ وما بعدها.

١) الدكتور عبد الفتاح حسن، المرجع السابق، ص١٤٧ وقد جاء في المذكرة التفسيرية للدستور فيما يتعلق باسناد مهمة الرقابة الى محكمة خاصة ما يلي «آثر الدستور ان يعهد بمراقبة دستورية القوانين (واللوائح) إلى محكمة خاصة يراعى في تشكيلها واجراءاتها طبيعة هذه المهمة الكبيرة بدلاً من ان يترك ذلك لاجتهاد كل محكمة على حدة مما قد تتعارض معه الآراء في تفسير النصوص الدستورية أو يعرض القوانين او اللوائح للشجب دون دراسة لمختلف وجهات النظر والاعتبارات ... ».

وذلك على عكس إسناد الرقابة إلى محكمة خاصة ، إذ كثيراً ما تتسرب إليها الاعتبارات السياسية نظراً لإدخال عناصر سياسية في تشكيلها[1].

ورغم وجاهة التبريرات السابقة التي قيل بها بشأن تفضيل المحكمة العليا في قمة التنظيم القضائي بالدولة على المحكمة الدستورية الخاصة فيما يتعلق بعقد الاختصاص بالرقابة على دستورية القوانين ، فإنه يجب أن لا يغرب عن البال أن إسناد مهمة الرقابة لمحكمة دستورية متخصصة من شأنه بلا جدال إعطاء الرقابة على دستورية القوانين أهمية كبيرة ، ويؤدي إلى مزيد من الاحترام من جانب المشرع العادي تجاه هذه المحكمة ، فتحرص السلطة التشريعية جل حرصها على مراعاة أحكام الدستور بشأن ما تضعه من قوانين.

هذا فضلاً عن أن تشكيل المحكمة الدستورية الخاصة كثيراً ما يضم كفاءات متخصصة في بحث المسائل الدستورية ، كفقهاء القانون الدستوري ورجال السياسة - ويؤدي تخصصهم في هذا المجال إلى سرعة إصدار الأحكام وحسم التشكيك في صحة القوانين العادية.

وإذا كانت غالبية الدساتير ، كما سبق وذكرنا ، تنحو نحو عقد الاختصاص بالرقابة على دستورية القوانين للمحكمة العليا في قمة التنظيم القضائي بالدولة ، أو جعل هذا الاختصاص لمحكمة تنشأ خصيصاً لهذا الغرض ، وذلك عن طريق رفع دعوى أصلية أي مبتدأة بطلب إلغاء القانون المخالف للدستور ، فإنه يجب أن يلاحظ أن تقرير هذه الرقابة يكون متوقفاً على نص صريح في الدستور يجيزها ويقررها[2].

أما إذا سكت الدستور في هذا الخصوص أو لم يقررها بنص صريح ، فإنه لا يجوز لأية محكمة في الدولة مهما علت أن تدعي لنفسها بهذا الحق في الرقابة ،

(١) انظر تفصيلاً الدكتور علي السيد الباز ، الرسالة السابقة ، ص٣٦٠ .

(٢) الدكتور وحيد رأفت ووايت ابراهيم ، المرجع السابق ، ص١٠ ، الدكتور علي السيد الباز الرسالة السابقة ، ص٣٥٦ ، والدكتور ثروت بدوي ، المرجع السابق ، ص١٤١ .
وانظر أيضاً : Georges Vedel, op. cit, P. 88

فسكوت المشرع الدستوري في هذا الخصوص يعني أن الرقابة على دستورية القوانين لا تتم عن طريق دعوى أصلية أو مبتدأة ، وإنما يمكن أن تتم بطريق آخر وهو طريق الدفع بعدم دستورية القانون ، فالرقابة عن طريق الدعوى الأصلية لا تتصور بغير نص في الدستور كما قلنا ينظمها ويوضحها.

رقابة الالغاء (القضائية) قد تكون رقابة سابقة:

قلنا فيما تقدم إن رقابة الإلغاء عن طريق الدعوى الأصلية هي رقابة لاحقة على إصدار القانون ، ويكون على القاضي بعد التثبت من مخالفة القانون لأحكام الدستور أن يقضي بإلغاء القانون المخالف . غير أن الرقابة القضائية قد تكون رقابة سابقة Préalable على إصدار القانون ، فتمارس على القانون وهو في دور التكوين ، أي في الفترة بين سنة من البرلمان وإصداره من رئيس الجمهورية . وهذه الرقابة تعني أن الدستور قد حدد هيئة قضائية معينة يجوز أن يرفع أمامها قانون معين قبل إصداره للبحث في دستوريته ومدى مطابقته لأحكام الدستور ، ويكون لهذه الهيئة حق إلغائه إذا ما اتضح لها مخالفته لأحكام الدستور[١] . وتحريك هذه الرقابة تكفله الدساتير ـ التي تقر هذا النوع من الرقابة ـ لرئيس الجمهورية ـ أي لهيئة عامة ـ فتجيز لرئيس الجمهورية حق إحالة مشروع القانون إلى المحكمة المختصة قبل إصداره لبحث مدى مطابقته لأحكام الدستور[٢] ، وفي هذه الحالة يتوقف مصير القانون على حكم المحكمة ، فإذا قضت باتفاق القانون وأحكام الدستور وجب على رئيس الدولة إصداره ، وإن قضت على خلاف ذلك ، أي بمخالفة القانون لأحكام الدستور ، امتنع على رئيس الدولة إصداره ، وأصبح مشروع القانون في حكم العدم أي كأن لم يكن .

(١) راجع في ذلك الدكتور محمد كامل ليله ، المرجع السابق ، ص١٤٥ ، الدكتور شمس مرغني علي : المرجع السابق ، ص١٨٨ .

(٢) ويلاحظ أنه لا يكون للافراد الحق في الطعن بعدم دستورية القانون قبل صدوره لانعدام المصلحة لديهم في التشكيك في دستورية القانون ما دام أنه لم يصدر بعد.
انظر الدكتور عبد الفتاح حسن ، المرجع السابق ، ص٧٢ .

وقد أخذ الدستور الايرلندي الصادر عام ١٩٣٧ بهذا الأسلوب من الرقابة، فأعطى لرئيس الدولة الحق في إحالة القانون المشكوك في دستوريته إلى المحكمة العليا لفحصه، وإن كان الدستور قد قيد حقه في الإحالة بوجوب استشارة مجلس الدولة في هذا الخصوص[١]. فاذا قضت المحكمة العليا بعدم دستورية القانون المحال إليها امتنع إصدار القانون[٢].

والرقابة القضائية السابقة وإن كان من شأنها أن تحول دون إصدار القانون المخالف لأحكام الدستور عملاً بالمبدأ القاضي بأن «الوقاية خير من العلاج»، فإن هذه الميزة تبدو - في اعتقادي - نظرية بحتة، ذلك أن الرقابة القضائية السابقة تتطلب أن يقوم بتحريكها رئيس الدولة أو أي هيئة أخرى من الهيئات العامة - كالبرلمان - حتى تستطيع المحكمة الدستورية النظر في امر مطابقة القانون للدستور، وليس بخاف مدى إمكان تقاعس هذه الهيئات عن تحريك هذه الرقابة، لما قد يكون لها من مصلحة في عدم التشكيك في دستورية القوانين المزمع إصدارها، ومن ثم يفقد هذا النوع من الرقابة فاعليته من الناحية العملية، وخاصة إذا ما لاحظنا انعدام حق الأفراد في تحريك هذه الرقابة.

تقدير رقابة الالغاء (الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية بعدم الدستورية):

لا مراء في أن إجراء الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية - سواء أكانت من اختصاص المحكمة العليا في النظام القضائي أم من اختصاص المحكمة الدستورية الخاصة - من شأنها تركيز سلطة الرقابة في محكمة واحدة، الأمر الذي يكفل إصداره أحكام حاسمة لدابر كل نزاع يثور بشأن دستورية

(١) Julien Laferriere, op. cit, P. 315, No 1
انظر الدكتور عبد الفتاح حسن، المرجع السابق، ص٧٢، الدكتور محمد كامل ليلة المرجع السابق، ص١٤٥.

(٢) وقد اخذت بعض الدساتير بهذا النظام في الرقابة قبل دستور ايرلندا الحرة مثل دستور كولومبيا عام ١٨٨٦ ودستور بنما عام ١٩٠٤ ودستور اكوادور عام ١٩٢٩.
Julien Laferriere, op. cit, P. 315, No1
وانظر ايضاً الدكتور رمزي طه الشاعر، المرجع السابق، ص٢٧٣.

القوانين. فنظام الدعوى الأصلية بما ينتهي إليه من إصدار أحكام نهائية ذات حجية مطلقة يتجنب ما يؤدي إليه النظام اللامركزي في الرقابة (الرقابة عن طريق الدفع) من إشاعة القلق وعدم الاستقرار في المعاملات القانونية، إذ قد تتناقض الأحكام في هذا النظام الأخير بشأن الموضوع الواحد، فتقرر إحدى المحاكم عدم دستورية قانون معين، بينما تقرر محكمة أخرى دستورية نفس القانون(١).

هذا فضلاً عن أن جزاء الإلغاء وهو ما قد تنتهي به دعوى عدم الدستورية من شأنه حسم الإشكالات الدستورية بصفة نهائية. ويطهر المجال القانوني وينقيه من إشكالات لا حصر لها قد تترتب على مجرد امتناع المحكمة من تطبيق القانون في القضية المعروضة مع بقائه رغم ذلك قائماً وقابلاً للتطبيق في القضايا الأخرى(٢).

على أي حال فإن إناطة الاختصاص بعدم الدستورية لمحكمة واحدة من شأنه كما يقول الفقيه النمساوي Ch. Eisenmann تحديد المنازعات الدستورية من حيث الزمان والمكان، ويعمل على تجنب إثارة المسائل الدستورية في كل دعوى، إذ يسمح هذا النظام (اختصاص محكمة واحدة) بإعطائها حلاً واحداً وبصفة نهائية(٣).

---

(١) الدكتور علي السيد الباز، الرسالة السابقة، ص٣٩٦، الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص١٤٠.

(٢) الدكتور احمد كمال ابو المجد، الرسالة السابقة، ص٥٨١.

(٣) «Erigeant le contentieux constitutionnel en un contentieux distinct et indépendant, il localise et limite dans le temps la lutte constitutionnelle, il evite que l'irritante question de la constitutionnalité puisse être soulevée a l'occasion de tout procès car il permet de lui donner une solution unique et définitive».

Ch. Eisenmann: La justice contitionnelle et la haute cour constitutionnelle d'Autriche thèse paris, 1928, P.292.

اشار اليه Marcel Prelot, op. cit, P. 226.

كما أن نظام الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية من شأنه أن يسمح فيما يتعلق بتكوين المحكمة المختصة ـ إذا ما أنيط الاختصاص بالرقابة لمحكمة دستورية خاصة ـ بإدخال العنصر السياسي في تشكيلها ، الأمر الذي يسمح لهذه المحكمة بتقدير الاعتبارات السياسية فضلاً عن الاعتبارات القانونية(١). فمشكلة الرقابة على دستورية القوانين مشكلة لها وجهان وجه قانوني وآخر سياسي ، الأمر الذي يتطلب مراعاة الاعتبارات القانونية والسياسية معاً .

وعلى الرغم من هذه المزايا التي يمكن تحقيقها عن طريق الدعوى الأصلية في رقابة الدستورية ، فقد ذهب البعض الى التشكيك فيها ، وتفضيل نظام الرقابة اللامركزية ، أي الرقابة القضائية عن طريق الدفع بعدم الدستورية . فقيل إن إناطة سلطة إلغاء القانون غير الدستوري لمحكمة معينة واحدة ، من شأنه إعطاء هذه المحكمة قوة غير عادية ، ويمنحها نفوذاً ضخماً تجاه السلطة التشريعية ، الأمر الذي قد يؤدي إلى الاعتقاد لدى السلطة التشريعية بأن هذه المحكمة جهة رقابة تعلوها ، بل وقد تعتقد هذه المحكمة ذاتها بأنها تعلو جميع السلطات باعتبارها جهة رقابة ، فتسرف في فرض العراقيل أمام السلطة التشريعية ، وتبالغ في بسط رقابتها عليها بحجة أنها الحارس على الدستور ، الأمر الذي يثير الكثير من أوجه الحساسية بين المحكمة والسلطة التشريعية ، ويؤدي في غالب الأحيان إلى الاصطدام بين الجهتين ، مما يعمل على تهديد نظام الدولة بالخطر والانهيار .

أما إذا حاولت المحكمة توقي وقوع هذا الاصطدام ، فلن يكون ذلك إلا على حساب وظيفتها الرقابية ، حيث لا تجد هذه المحكمة مناصاً من التراخي في القيام بالرقابة إرضاء للسلطة التشريعية ، وفي هذه الحالة لن تكون الرقابة مرضية على دستورية القوانين .

---

(١) الدكتور احمد كمال ابو المجد ، الرسالة السابقة ، ص٥٨١ ـ ٥٨٢ والدكتور ثروت بدوي المرجع السابق ، ص١٤٠ .

إزاء أوجه النقد السابقة انتصر البعض لرقابة الامتناع التي تباشر عن طريق الدفع بعدم دستورية القوانين، مفضلين إياها على رقابة الإلغاء التي تباشر عن طريق الدعوى الأصلية ببطلان القانون المخالف للدستور أو إلغائه.

الفرع الثاني
رقابة الإمتناع
«الرقابة عن طريق الدفع بعدم الدستورية»

«Le contrôle par voie d'exception d'inconsitutionnalité»

إذا كانت الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية بطلب بطلان القانون المخالف للدستور تعد وسيلة هجومية Offensive، فإن الرقابة عن طريق الدفع بعدم الدستورية تعد وسيلة دفاعية Defensive[1]، ذلك أن الفرد الذي يتضرر من جراء قانون معين ويتشكك في دستوريته لا يبادر برفع دعوى ضد هذا القانون مباشرة بطلب إلغائه، وإنما ينتظر حتى يراد تطبيق هذا القانون عليه في دعوى معينة، فيدفع أمام المحكمة بعدم تطبيقه لعدم دستوريته.

وعلى هذا النحو فالدفع بعدم الدستورية يفترض بداءة أن يكون هناك دعوى منظورة أمام القضاء، سواء أكانت هذه الدعوى مدنية أو إدارية أو جنائية - ويراد فيها تطبيق قانون معين، فيدفع صاحب الشأن بعدم دستورية ذلك القانون لمخالفته للدستور، وبالتالي عدم تطبيقه في الدعوى المنظورة[2]،

(١) Julien Laferrière, op. cit, P. 316, Georges Burdeau, op. cit, P.99, André Hauriou, op. cit, P. 342, 343, Michel Henry Fabre, op. cit, P. 170.
الدكتور عبد الحميد متولي، المرجع السابق، ص٢٠١، الدكتور عبد الفتاح حسن، المرجع السابق، ص٧٤.

(٢) Bernard Chantebout, op. cit, P. 52, Michel Henry Fabre, op. cit, P. 170–171, Georges Burdeau, op. cit, P. 99, André Hauriou, op. cit, P. 343.

ومن ثم يكون اختصاص القضاء بفحص دستورية القانون على نحو عارض ، أي بمناسبة دعوى منظورة أمامه لا بطريق أصلي أو مباشر[1]. وإذا ما انتهت المحكمة من فحصها للقانون ـ المدفوع بعدم دستوريته ـ إلى أنه مخالف لأحكام الدستور ، وثبت صحة ادعاء صاحب الشأن ، امتنعت المحكمة عن تطبيقه ، وفصلت في الدعوى تبعا لذلك[2].

ويلاحظ أنه ما دامت الرقابة تمارس عن طريق الدفع الفرعي ، فإن إثارة مدى دستورية القانون لا يتقيد بمدة معينة ، لأن الدفع بعدم الدستورية يجوز إثارته متى حانت مناسبته أياً كانت المدة التي انقضت على صدور القانون[3].

كما أن المحكمة لا تقضي ـ في نظام الرقابة عن طريق الدفع ـ بإلغاء القانون المخالف للدستور كما هو الشأن بالنسبة لدعوى عدم الدستورية ، وإنما تمتنع فقط عن تطبيقه بصدد النزاع المعروض عليها ، ومن ثم يكون لحكم المحكمة الصادر في هذا الخصوص حجية نسبية ومقصورة على النزاع المطروح أمامها ، مما لا يؤثر في بقاء القانون المدفوع بعدم دستوريته ، فيظل سارياً ونافذاً

(١) ومن ثم لا يجوز للمحكمة ان تتعرض لأمر دستورية قانون ما من تلقاء نفسها إذ الأمر يتوقف على طلب صاحب الشأن ويكون ذلك عن طريق إثارة الدفع بعدم الدستورية الدكتور طعيمة الجرف ، المرجع السابق ، ص١٥٣ ، الدكتور كمال الغالي ، المرجع السابق ، ص١٥٢ ، الدكتور فؤاد العطار ، المرجع السابق ، ص٢٦٤ .

(٢) ومن امثلة ذلك :

١ ـ ان يقدم احد التجار للمحاكمة امام القضاء بسبب قيامه بتصنيع احدى المنتجات التي احتكرت الدولة صناعتها بناء على قانون صادر يخولها احتكار تصنيع تلك المنتجات ، فيدفع التاجر بان هذا القانون مخالفاً لمبدأ حرية التجارة والصناعة المقرر في الدستور ويطلب من القاضي عدم تطبيق القانون عليه . Georges Burdeau, op. cit, P. 99

والدكتور عبد الحميد متولي ، المرجع السابق ، ص٢٠٢ .

٢ ـ ان يرفع طالب بالجامعة دعوى الغاء امام القضاء الاداري لبطلان القرار الصادر بفصله تأديبياً مخاصماً للجامعة التي اصدرت هذا القرار ثم يدفع امام القضاء المنظورة امامه الدعوى بعدم دستورية قانون الجامعة الذي استند اليه قرار الفصل.

الدكتور ثروت بدوي ، المرجع السابق ، ص١٤٣ .

(٣) الدكتور عبد الفتاح حسن ، المرجع السابق ، ص٧٤ .

في سائر الحالات الأخرى[١] إلى أن يتم إلغاؤه أو تعديله من جانب السلطة التشريعية، كما أن امتناع المحكمة عن تطبيق القانون المخالف للدستور لا يقيد غيرها من المحاكم، بل ولا يقيد ذات المحكمة في أحكامها اللاحقة، إذ يجوز لها العدول عن رأيها الأول، فإذا كانت المحكمة قد امتنعت عن تطبيق قانون ما لعدم دستوريته في نزاع معين، فإنه يجوز لذات المحكمة أن تطبق ذات القانون في نزاع آخر إذا رأت دستوريته[٢]. وحتى لو كان الخصوم في الدعوى المطروحة هم ذات الخصوم في الدعوى السابقة والتي امتنعت فيها المحكمة عن تطبيق القانون لعدم دستوريته متى اختلف موضوع الدعوى، فالحكم الصادر عن القضاء في هذا الخصوص يحوز حجية نسبية فقط فلا يكون له حجية مطلقة[٣].

ورقابة الامتناع عن طريق الدفع لا تتقرر لمحكمة معينة في النظام القضائي، وإنما تثبت لجميع المحاكم على اختلاف أنواعها واختلاف درجاتها[٤].

---

(١) Benoit Jeanneau, op. cit, P. 57, Julien Laferriere, op. cit, P. 316, Jacques Cadart op. cit, P. 154, André Hauriou, op. cit, P. 343, Michel Henry Fabre, op. cit, P. 171

الدكتور طعيمة الجرف، المرجع السابق، ص١٥٣، الدكتور محمد حسنين عبد العال، المرجع السابق، ص١٥٨ والدكتور شمس مرغنى علي، المرجع السابق، ص١٧٦.

(٢) André Hauriou, op. cit, P. 343, Michel Henry Fabre, op. cit, P. 171

الدكتور علي السيد الباز، الرسالة السابقة، ص٣٣٣، الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص١٤٣ - ١٤٤، الدكتور فؤاد العطار، المرجع السابق، ص٢٦٤

(٣) ما لم ينص الدستور على عكس ذلك اي ما لم ينص على الحجية المطلقة لهذه الأحكام كما هو الحال في ايطاليا، اذ يكون للحكم حجية مطلقة في مواجهة الكافة.

وكذلك يختلف الحال في البلاد التي تأخذ بنظام السوابق القضائية حيث تلتزم كل محكمة بما اصدرته من احكام، كما تكون الاحكام الصادرة من المحاكم العليا مقيدة لاحكام المحاكم الادنى درجة راجع الدكتور علي السيد الباز الرسالة السابقة، ص٣٢٢، ٣٣٣.

(٤) الدكتور عبد الحميد متولي، المرجع السابق، ص٢٠٣، الدكتور محسن خليل، المرجع السابق، ص٦١٠. ومع ذلك يشير الدكتور عبد الفتاح حسن الى ان الدستور قد لا يسمح باثارة الدفع

وإذا كانت الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية تفترض وجود نص في الدستور يجيزها ويحدد المحكمة المختصة بإجرائها، فإن الرقابة عن طريق الدفع بعدم الدستورية لا تتطلب وجود مثل هذا النص، فسكوت الدستور لا يمنع من قيامها، وهذا ما انتهى إليه الفقه الدستوري في غالب الأحيان عند سكوت المشرع الدستوري عن تنظيم الرقابة بالقول بأن المشرع الدستوري يجيز ضمناً فكرة الرقابة وإن كان بطريق الدفع الفرعي، وأسس هذا الفقه تفسيره على أن إعطاء القضاء مهمة الفصل في المنازعات وتطبيق حكم القانون عليها يفرض عليه واجب تفسير القانون وتبيان حكمه فيما يعرض عليه من أقضية، فإذا ما وجد القضاء تعارضاً بين قانونين وجب عليه اعمال قواعد التفسير المتعارف عليها، فيعد القانون الأحدث ناسخاً للقانون الأقدم فيما يوجد بينهما من تعارض، كما يجب عليه أن يرجح حكم القانون الأعلى على حكم القانون الأدنى منه درجة، ومن ثم يكون من واجب القاضي إنزال حكم الدستور وإهدار حكم القانون العادي، متى كان هذا الأخير قد تضمن أحكاماً مخالفة لأحكام الدستور[1].

أوجه التفرقة بين الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية والرقابة عن طريق الدفع الفرعي، رقابة الإلغاء ورقابة الامتناع[2]:

بعد إبرازنا لماهية كل من الرقابتين يمكننا إجمال أوجه التفرقة بينهما فيما يلي:

١ - ان الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية بعدم الدستورية تعتبر وسيلة

= بعدم الدستورية الا امام المحكمة العليا وحدها وقد يشترط ان تنظره المحكمة العليا بجميع دوائرها، راجع مؤلفه سالف الذكر، ص٧٥.

(١) انظر الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص١٤٢، والدكتور علي السيد الباز، الرسالة السابقة، ص٣٣٣.

(٢) راجع بشأن هذه التفرقة على وجه الخصوص: الدكتور عبد الحميد متولي، المرجع السابق، ص٢٠٢، الدكتور فؤاد العطار، المرجع السابق، ص٢٦٤، الدكتور محسن خليل، المرجع السابق، ص٦١٠، الدكتور محمد حسنين عبد العال، المرجع السابق، ص١٦١، والدكتور علي =

هجومية، إذ يتقدم صاحب الشأن بدعواه أمام المحكمة المختصة بنظر الدستورية مهاجماً القانون مباشرة، طالباً إلغاؤه لعدم دستوريته.

أما الرقابة عن طريق الدفع فهي تعتبر وسيلة دفاعية إذ لا يثار أمر هذه الرقابة إلا بصدد دعوى منظورة فعلاً أمام القضاء، ويراد تطبيق قانون معين على أحد الأفراد، فيدفع صاحب الشأن بعدم دستورية القانون لمخالفته الدستور[1].

٢ - تقضي المحكمة في حالة الدعوى الأصلية بعدم الدستورية - إذا ما ثبت لها مخالفة القانون للدستور - بإلغاء القانون المخالف إلغاءً نهائياً، أي ببطلانه، فيعتبر القانون كأن لم يكن؛ أما في حالة الدفع بعدم الدستورية فإن المحكمة لا تقضي بإلغاء القانون أو بطلانه، وإنما تمتنع فقط عن تطبيقه في القضية المطروحة إذا ما تبين لها مخالفته لأحكام الدستور[2]، ويترتب على ذلك أن يظل القانون قائماً ونافذاً إلى أن يتم إلغاؤه أو تعديله من جانب المشرع.

٣ - يترتب على الفارق السابق أن يكون للحكم الصادر في دعوى عدم الدستورية حجية مطلقة في مواجهة الكافة، ويكون الحكم ملزماً لجميع المحاكم في الدولة، أما الحكم الصادر في الدفع بعدم الدستورية فلا يجوز سوى حجية نسبية[3]، إذ يقتصر أثره كما سبق وأشرنا على النزاع الصادر بشأنه، ولا يقيد هذا الحكم المحاكم الأخرى فيما تصدره من أحكام، ولا يقيد حتى ذات المحكمة التي أصدرته في أحكامها اللاحقة، إذ يجوز لها أن تعدل عن رأيها، فتقضي بدستورية القانون المشكوك في دستوريته وبرفض الدفع في قضية معينة، بعد أن تكون قد قضت من قبل بعدم دستورية ذات القانون في قضايا سابقة.

= السيد الباز، الرسالة السابقة، ص٣٢٠، ٣٥٥.

(١) Michel Henry Fabre, op. cit, P. 170, Benoit Jeanneau, op. cit, P. 57, Jacques Cadart, op. cit, TI, P. 154.

(٢) Michel Henry Fabre, op. cit, P. 171, Benoit Jeanneau, op. cit, P. 57, Jacques Cadart, op. cit, TI, P. 154.

(٣) Julien Laferrière, op. cit, P. 316, Jacques Cadart, op. cit, TI. P. 154.

٤ - إن الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية تتطلب وجود نص صريح يجيزها، ويحدد المحكمة المختصة بإجرائها، ولن تكون هذه المحكمة بطبيعة الحال سوى محكمة واحدة عليا في الدولة، سواء تمثلت في المحكمة العليا في النظام القضائي أو في محكمة دستورية خاصة تنشأ لهذا الغرض. وبمعنى آخر ان الرقابة عن طريق الدعوى تفترض اتباع نظام مركزي في الرقابة. أما الرقابة عن طريق الدفع بعدم الدستورية فهي لا تتطلب وجود نص دستوري يصرح بها وينظمها، فسكوت المشرع الدستوري عن تنظيمها لا يمنع من قيامها. وتكون جميع المحاكم مختصة بإجراء هذه الرقابة على اختلاف أنواعها (مدنية - تجارية - جنائية) وعلى اختلاف درجاتها. فالرقابة تباشر في هذه الحالة بطريقة لا مركزية.

تقدير رقابة الامتناع عن طريق الدفع بعدم الدستورية:

لا جدال في أن الرقابة القضائية لدستورية القوانين عن طريق الدفع الفرعي تكون أقل إثارة لحساسية المشرع من الرقابة القضائية عن طريق الدعوى الأصلية، ذلك أنه في حالة الدفع بعدم الدستورية لا تمتد سلطة القاضي إلى الحكم بإبطال القانون المخالف للدستور أو إلغائه، وإنما تقتصر سلطته - إذا ما تبين له عدم دستورية القانون - على الامتناع عن تطبيقه في شأن النزاع المطروح أمامه، ويبقى القانون قائماً ونافذاً خارج نطاق الدعوى المطروحة، حيث لا يكون للحكم الصادر سوى حجية نسبية، الأمر الذي يمنع إلى حد ما قيام التصادم بين البرلمان وجهة القضاء مثلما رأينا بشأن إجراء الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية، والتي تنتهي - إذا ما تبين أن القانون مخالف لأحكام الدستور - بإلغاء القانون إلغاءً نهائياً وشاملاً، فطريق الدفع الفرعي يخفف من حدة ما عساه أن ينشأ من نزاع بين القاضي والمشرع.

كما يتميز هذا الطريق (طريق الدفع) بكونه يبقى قائماً حتى بعد سقوط الدستور أو تعديله ما دام أن الدستور الجديد لم يتضمن أي حظر أو منع لهذه الرقابة، فهو كما قلنا لا يتطلب لقيامه وجود نص صريح يجيزه أو يقرره.

أما طريق الرقابة بواسطة الدعوى الأصلية فهو ينعدم بسقوط الدستور الذي يقرره، إذ يتطلب هذا النوع من الرقابة وجود نص يجيزه وينظم أحكامه، ومن ثم فلا تستطيع أي محكمة كانت، من الناحية العملية، ومهما علت مكانتها، أن تدعي لنفسها مكنة إجراء رقابة الإلغاء دون وجود نص دستوري يمنحها صراحة هذا الحق(١).

غير أن طريق الدفع بعدم الدستورية لم يخل من نقد، إذ لوحظ عليه أنه يضع مهمة الرقابة في قبضة جميع المحاكم على اختلاف أنواعها وعلى اختلاف درجاتها، دون أن توجد محكمة واحدة يكون مهمتها النظر في أمر الدستورية، الأمر الذي يؤدي، من الناحية العملية، إلى إمكان قيام التناقض في الأحكام، وإشاعة القلق وعدم الإستقرار في المعاملات القانونية، نتيجة اختلاف وجهات النظر في القضاء بالنسبة للقانون الواحد، إذ يمكن أن نخال في هذه الحالة أن تقرر إحدى المحاكم عدم دستورية قانون في نزاع معين فتمتنع عن تطبيقه، بينما تقرر محكمة أخرى دستورية ذات القانون في نزاع آخر وتقوم بتطبيقه، الأمر الذي يؤدي إلى زعزعة الثقة بالقوانين، وخلق حالة من الفوضى التشريعية(٢).

لذلك رأى بعض الفقه «أن إعطاء مهمة الرقابة إلى محاكم صغيرة يبدو أمراً غريباً إذا تصورنا أن هذه المحاكم تستطيع الحكم على القوانين الصادرة من ممثلي الأمة وعدم تطبيقها إذا ما قضت بعدم دستوريتها(٣).

كما قيل إن أسلوب الرقابة لا يجدي في توقي الضرر المتوقع من القانون غير الدستوري، إذ ليس من سبيل إلى التمسك بالدفع إلا إذا تم رفع الدعوى فعلاً من أحد الخصوم، وإلى أن يتم هذا الإجراء، أما أن يطبق القانون

---

(١) الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص١٤٥ ؛ والدكتور شمس مرغنى علي، المرجع السابق، ص١٧٧.

(٢) الدكتور محمد كامل ليله، المرجع السابق، ص١٣٤.

(٣) الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص١٤٧ ،الدكتور شمس مرغنى علي، المرجع السابق، ص١٧٧.

فيكون على الفرد أن يتحمل الضرر الناتج عن تطبيق القانون دون أن يملك دفعه، وأما أن لا يطبق القانون فيبقى الفرد مهدداً بتطبيقه في أي وقت[1].

نشأة الرقابة عن طريق الدفع بعدم الدستورية في الولايات المتحدة الأميركية

على الرغم من أن الدستور الإتحادي للولايات المتحدة الامريكية لم يتعرض لموضوع الرقابة على دستورية القوانين، إلا أنه كان للقضاء الأمريكي دوراً مبدعاً وخلاقاً في تأسيس هذه الرقابة، إذ أقر في شجاعة وبلا تردد حقه في القيام بمراقبة دستورية القوانين.

وتعد الولايات المتحدة الأميركية بحق كما يقول الأستاذ Georges Burdeau البلد الكلاسيكي أو الوطن الأم لنشأة الرقابة القضائية على دستورية القوانين[2].

فقد كانت المحاكم الأميركية تطبق اول الأمر قوانين الولايات على حالتها دون محاولة التعرض لبحث دستوريتها، واستمر الحال على هذا المنوال حتى ثار نزاع بشأن دستورية أحد القوانين أمام محكمة مقاطعة (رود أيلاند) Rode Island في عام ١٧٨٦، أي قبل إنشاء المحكمة الإتحادية العليا، وانتهت المحكمة بعد فحص القانون المدفوع بعدم دستوريته إلى الامتناع عن تطبيقه بخصوص النزاع المطروح... غير أن هذا الحكم قد أثار استياء أهالي الولاية ولم يجددوا انتخاب القضاة الذين أصدروا هذا الحكم، الأمر الذي ترتب عليه أن كفت المحاكم عن نظر مثل هذا الدفع، إلى أن قامت المحكمة الإتحادية العليا

---

(١) الدكتور سعد عصفور، المرجع السابق، ص١٤٩، الدكتور شمس مرغنى علي، المرجع السابق، ص١٨٥.

(٢) Georges Burdeau, op. cit, P. 99
وانظر ايضاً، الدكتور عبد الحميد متولي، المرجع السابق، ص٢١٠، والدكتور علي السيد الباز، الرسالة السابقة، ص١١٩.

فأقرت للقضاء بحق رقابة الدستورية على نحو صريح وقاطع[1].

وترتبط نشأة الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدةالامريكية - بحق - بالحكم الشهير الذي أصدره رئيس المحكمة العليا القاضي مارشال Marchall عام ١٨٠٣ في قضية « ماربوري ضد ماديسون » ، وهو أول حكم أصدرته المحكمة العليا[2] ،قضت فيه صراحة بعدم دستورية قانون إتحادي وباختصاص القضاء بالنظر في أمر هذه الرقابة[3] تأسيساً على مبدأ علو القوانين الدستورية على القوانين العادية ، وأنه يكون من واجب القضاء في هذا الخصوص أن يعمل على تطبيق القانون الأعلى إذا ما تعارض مع قانون آخر يدنوه في المرتبة[4].

وقد جاء في حيثيات هذا الحكم الشهير مما له دلالته في شأن إبراز رقابة القضاء على دستورية القوانين :

« إنه ما دام الدستور هو القانون الأسمى للبلاد ، فإنه لا يكون للتفرقة بين القانون الأسمى والقوانين العادية أية قيمة إلا إذا تقيدت السلطة التشريعية في نشاطها بحدود ذلك الدستور فيما يصدر عنها من قوانين ، فإذا خالفت القوانين الصادرة عنها نصوص الدستور ، غدت باطلة وغير دستورية » .

---

(١) الدكتور السيد صبري المرجع السابق ، ص٢٢٩ ، والدكتور محمد كامل ليله ، المرجع السابق ، ص١٣٥ .

(٢) راجع في جهود المحكمة العليا في تأسيس رقابة دستورية القوانين ، الدكتور علي السيد الباز ، الرسالة السابقة ، ص١٥٣ ، الدكتور احمد كمال ابو المجد ، الرسالة السابقة ، ص٢٠ .
Julien Laferriere, op. cit, P. 320 et suiv, Claude Leclercq, op. cit, P. 92.

(٣) ويشير الفقه الى ان المحكمة العليا قد سلمت بمبدأ الرقابة لدستورية القوانين قبل حكم مارشال في قضية Hyliton عام ١٧٩٦ وفي قضية « كالدر ضدبول » Calder V. Bull عام ١٧٩٨ ويرى الفقه انه إذا كانت المحكمة لم تقض في هذه الاحكام بعدم دستورية القوانين . إلا أنها قد سلمت بمبدأ الرقابة حينما قضت بمطابقة القوانين المدفوع بعدم دستوريتها لاحكام الدستور .
راجع الدكتور احمد كمال ابو المجد ، الرسالة السابقة ، ص٣٠ هامش ٢ ، الدكتور علي السيد الباز ، الرسالة السابقة ، ص١١٩ .

(٤) Georges Burdeau, op. cit, P. 99

« فالدستور إما أن يكون قانوناً أعلى لا يقبل التعديل بالوسائل العادية التي تعدل بها التشريعات العادية ، وإما أن يوضع على ذات المستوى مع التشريعات العادية بحيث يعدل بالوسائل التي تعدل بها هذه التشريعات ، فإذا كانت الأولى تعين القول بأن ما تصدره الهيئة التشريعية من أعمال مخالفة للدستور لا يمكن أن يكون قانوناً على الإطلاق ، وإن كانت الأخرى فإن فكرة الدساتير المكتوبة تكون حينئذ عبثاً في محاولتها تقييد سلطة (السلطة التشريعية) تستعصي بطبيعتها على التقيد ».

« فإذا كان التشريع المخالف للدستور لا يعتبر قانوناً ، فإنه يكون من غير المتصور إلزام المحاكم بتطبيقه والتقيد به ».

« وحيث أنه يجب على القاضي أن يحدد القانون الواجب التطبيق على ما يطرح أمامه من قضايا - وهذه مسألة أولية يجب تسويتها قبل التعرض للموضوع - فيكون عليه - من باب أولي - أن يرجح الدستور وهو القانون الأعلى عند تعارضه مع قانون أدنى منه مرتبة ، وأن يمتنع عن تطبيق أي قانون أدنى يكون مخالفاً للقانون الأعلى وهو الدستور »[1].

وإذا كان القضاء الامريكي قد أقر بفكرة ترجيح القانون الأعلى ، والحكم بعدم دستورية القوانين الأدنى المخالفة له ، فإنه قد توصل إلى ذلك - فضلاً عما

(١) راجع في حيثيات هذا الحكم الدكتور احمد كمال ابو المجد الرسالة السابقة ص٣١ وما بعدها والدكتور علي السيد الباز الرسالة السابقة ، ص١٦٢ ، وراجع في ذلك ايضاً Marcel Prelot حيث يستعرض حجج القاضي مارشال قائلاً

« اما ان يكون الدستور هو القانون الأسمي Une loi supérieure et souvraine والذي لا يقبل التعديل بالوسائل العادية واما ان يكون الدستور على ذات المستوى والدرجة مع الاعمال التشريعية بالمعنى الدقيق (القوانين) فيستطيع المشرع العادي تعديله كلما عن له ذلك . ولنا الخيار في هذا الخصوص : إما أن يكون التصرف القانوني المخالف للدستوري يعتبر قانوناً واما أن يعتبر الدستور لغواً absurde في محاولته لتقييد سلطة « السلطة التشريعية » هي بطبيعتها غير مقيدة .

والنتيجة أنه إذا اعتبرنا التصرف التشريعي المخالف للدستور لا يعد قانوناً فمن غير المنطقي حينئذ الزام المحاكم بتطبيقه. Marcel Prelot. op. cit, P.216-217 et P.222.

جاء في حيثيات الحكم السابق من حجج - عن طريق تفسيره لبعض النصوص الدستورية تفسيراً يمكنه من إعمال رقابته لدستورية القوانين. من ذلك استناده إلى الفقرة الثانية من المادة السادسة من الدستور الاتحادي التي نصت على أن «يعتبر هذا الدستور وكذلك ما تسنه الولايات المتحدة من قوانين تمشياً مع أحكامه وما تبرمه من معاهدات القانون الأسمى في الدولة، والقضاة سيتقيدون بذلك في كل الولايات بصرف النظر عن أي حكم مخالف في دستور الولاية أو في قوانينها».

ومن ذلك أيضاً استناده إلى نص الفقرة الثانية من المادة الثالثة من ذات الدستور التي عالجت الاختصاص القضائي والتي قضت بأن الوظيفة القضائية ستمتد إلى جميع القوانين المتعلقة بالقانون أو بالعدالة التي تثور في ظل هذا الدستور.

وقد نجح القضاء الأمريكي في تفسير هذه النصوص تفسيراً يمكن معه القول بأن المشرع الدستوري وإن لم يضع تنظيماً خاصاً ومحدداً لأمر الرقابة على دستورية القوانين إلا أنه قد أقر ضمناً إجراء هذه الرقابة عن طريق القضاء ذاته[1].

وأغلب الفقه الدستوري الأمريكي ثابت ومستقر على اختصاص القضاء الأمريكي برقابة دستورية القوانين بناء على تفسير النصوص الدستورية السابقة، فضلاً عما جاء في الأعمال التحضيرية للدستور الإتحادي من عبارات قال بها Hamiltion - وكان من أبرز المشاركين في وضع وإعداد الدستور - مفادها «أنه يجب على القضاة احترام الدستور بوصفه القانون الأسمى... وعليهم تغليبه إن وجد بينه وبين القانون تعارض لا سبيل إلى إزالته»، وقد استخلص الفقه من هذه العبارات اقتناع واضعي الدستور ورغبتهم في تقرير رقابة القضاء لدستورية القوانين[2].

(١) Julien Laferriere, op. cit, P. 319
الدكتور يحيى الجمل، المرجع السابق، ص٨٠.
(٢) الدكتور سعد عصفور، المرجع السابق، ص١٣٠

العوامل التي ساعدت على نشأة هذه الرقابة

وإذا كان لقضاء المحكمة العليا في الولايات المتحدة وخاصة لحكم القاضي مارشال في القضية السابقة فضل إرساء وتقرير حق القضاء الامريكي في رقابة دستورية القوانين، فهناك عوامل أخرى قد تضافرت مع جهود هذه المحكمة ساعدت على التمهيد لنشأة هذه الرقابة وتقريرها، وتجمل هذه العوامل فيما يلي:

١ ـ الشكل الفدرالي للدولة الأمريكية

يفترض نظام الدولة الفيدرالية ضرورة توزيع الاختصاصات بين سلطات الدولة المركزية وبين سلطات الدويلات، الأمر الذي يؤدي بالضرورة إلى وجود سلطة تشرف على احترام هذا التوزيع[١]، ويناط بها أمر احترام أحكام الدستور الإتحادي في هذا الخصوص[٢]. فلا يمكن أن يكون لتوزيع الاختصاصات الدستورية بين الحكومة المركزية وحكومات الولايات أية قيمة عملية إذا كان في وسع تلك الحكومات أن تخالف حدود هذا التوزيع دون أن تردها عن تلك المخالفة سلطة أخرى من سلطات الدولة، ولذلك يرى الفقه أن حق القضاء الإتحادي في ممارسة هذه الصورة من صور الرقابة ليس إلا ثمرة طبيعية من ثمرات النظام الإتحادي نفسه[٣].

---

(١) Julien Laferriere, op. cit, P. 320, Georges Burdeau, op. cit, P. 100.
الدكتور عبد الحميد متولي المرجع السابق ص٢١١.

(٢) والذي يجب التنويه اليه اننا لا نعني بالشكل الفيدرالي او الاتحادي للدولة الاميركية ـ كعامل من عوامل نشأة الرقابة القضائية على دستورية القوانين. كونه، عاملاً من عوامل نشأة رقابة القوانين الخاصة بالولايات، لأن الرقابة على دستورية قوانين هذه الولايات كانت تباشر عن طريق القضاء قبل نشأة الاتحاد ذاته، وانما نعني به باعتباره عاملا من عوامل نشأة رقابة القضاء الاتحادي ذاته.
الدكتور علي السيد الباز، الرسالة السابقة، ص٢٢٤، الدكتور سعد عصفور، المرجع السابق، ص١٢٨.

(٣) الدكتور احمد كمال ابو المجد، الرسالة السابقة، ص١٠٢.

٢ ـ العوامل التاريخية السابقة على نشأة الإتحاد الامريكي :

كانت الولايات الامريكية قبل استقلالها وانفصالها عن انجلترا مستعمرات انجليزية ، وكان لكل منها سلطة التشريع داخل حدودها ، غير أن سلطة التشريع في هذه الولايات لم تكن مطلقة وإنما كانت مقيدة بالقوانين الخاصة بالمملكة ، لذلك كانت التشريعات الصادرة عن الولايات تقبل الطعن أمام مجلس الملك الخاص في لندن ، إذا ما تجاوزت سلطات التشريع الخاصة بهذه الولايات القيود المنصوص عليها ، وتبعاً لذلك كان المجلس الخاص يباشر رقابته على تشريعات المستعمرات ، ويقوم بإلغاء ما يخالف منها الأوامر الملكية أو القوانين الإنجليزية .

على هذا النحو استقرت في العقلية السياسية الامريكية فكرة خضوع القانون العادي للدستور بعد أن ألفت تلك العقلية التفرقة بين القوانين الدستورية والقوانين العادية ، وضرورة وجود هيئة تكفل ضمان احترام أحكام الدستور[١] وعدم انتهاكه .

٣ ـ جمود الدستور الامريكي وسموه :

كان لجمود الدستور الإتحادي الامريكي ـ وكذلك دساتير الولايات ـ أثر ـ لا يمكن التنكر له في شأن تقرير الرقابة الدستورية على القوانين[٢] . وقد أدى جمود هذا الدستور بتطلبه إجراءات خاصة بشأن تعديله أكثر تعقيداً من تلك التي تتبع في وضع وتعديل القوانين العادية ـ إلى سموه وعلوه على ما عداه من قواعد قانونية نافذة .

(١) Julien Laferriere, op. cit, P. 320, Georges Burdeau, op. cit, P. 100
الدكتور عبد الحميد متولي ، المرجع السابق ، ص٢١٢ ، الدكتور علي السيد الباز ، الرسالة السابقة ص١٢٥ ، والدكتور احمد كمال ابو المجد ، الرسالة السابقة ، ص١٥٣ .

(٢) انظر في العوامل التي ادت بواضعي الدستور الاتحادي وغيره من دساتير الولايات الى جعلها دساتير جامدة .الدكتور سعد عصفور ، المرجع السابق ، ص١٣٠ وما بعدها ، والدكتور علي السيد الباز ، الرسالة السابقة ، ص١٢٨ .

ونتيجة لذلك كان لا بد من وجود هيئة يناط بها العمل على كفالة احترام أحكام الدستور ، وهو ما عمل القضاء الأمريكي على تقرير الاختصاص به لنفسه.

على هذا النحو تضافرت العوامل الثلاثة السابقة مجتمعة مع جهود المحكمة العليا في إرساء وتقرير مبدأ دستورية القوانين ، وإناطة هذه الرقابة لجهة القضاء في الولايات المتحدة الأمريكية.

وقد عملت المحكمة الإتحادية العليا على توسيع رقابتها لدستورية القوانين[1] ، وشجعت المحاكم الأخرى على أن تحذو حذوها في هذا المضمار ، غير أن المحكمة العليا قد غالت في حدود رقابتها لمبدأ الدستورية. الأمر الذي أدى إلى احتدام النزاع في كثير من المناسبات بين المحكمة العليا والسلطة التشريعية.

وقد بلغ هذا الصراع أشده عندما قضت المحكمة العليا بعدم دستورية القوانين التي أصدرها الرئيس فرانكلين روزفلت بقصد التغلب على الأزمة الاقتصادية والتي سميت بقوانين الإنعاش الإقتصادي[1] ، الأمر الذي أدى إلى وصف حكومة الولايات المتحدة «بحكومة القضاة» Gouvernement des Juges[2] ، وإن الولايات المتحدة لا يحكمها السياسيون في البيت الأبيض والكونغرس ، وإنما يحكمها قضاة المحكمة العليا.

---

(١) راجع في ذلك تفصيلاً الدكتور احمد كمال ابو المجد ، المرجع السابق ، ص٥١٢ .

Jacques Cadart, op. cit, P. 156, André Hauriou, op. cit, P. 510 et suiv.

(٢) انظر Marcel Prelot, op. cit, P. 221.

وفي ابراز الدور السياسي للمحكمة العليا قال القاضي : Charles Hughes رئيس هذه المحكمة عام ١٩٠٨ .

«Nous sommes regis par une constitution, mais cette constitution est ce que les juges disent qu'elle est.

وهو نفس ما قال به أيضاً القاضي Holmes عام ١٩١٧ .

«Je reconnais sans hesitatin que les juges légifèrent et doivent Légiferer».

غير أنه إزاء مناهضة الرأي العام الامريكي لموقف قضاة المحكمة العليا ، عدلت المحكمة عن اتجاهها المتشدد ، فاعتدلت في مباشرتها فيما يتعلق بإجراء الرقابة على دستورية القوانين ، وحذت حذوها في هذا الخصوص بقية المحاكم الامريكية[1].

المحاكم الامريكية جميعها تختص بإجراء الرقابة على دستورية القوانين

إن جميع المحاكم الأمريكية تمارس الرقابة على دستورية القوانين ، أياً كان نوعها وأياً كان درجتها ، فهذه الرقابة تمارس من قبل المحاكم الإتحادية ومن قبل محاكم الدويلات كل في حدود اختصاصاتها[2].

فمن ناحية تباشر المحاكم الإتحادية (محاكم الإتحاد المركزي) رقابة دستورية القوانين بالنسبة لتلك التي تصدرها الولايات الداخلة في الإتحاد ، سواء أكانت هذه القوانين عادية أم دستورية ، كما أنها تقوم برقابة دستورية القوانين التي تسنها السلطة التشريعية للإتحاد . والمحاكم الإتحادية إذ تمارس رقابتها على القوانين السابقة تكون ملتزمة بنصوص الدستور الإتحادي وتعمل في فلكه .

ومن ناحية أخرى تباشر محاكم الولايات رقابة الدستورية بالنسبة للقوانين

= انظر في ذلك André Hauriou, op. cit, P. 510

ويبرز اندريه هوريو الدور السياسي للمحكمة العليا قائلاً ان الرقابة الدستورية لم تقتصر في ذلك الوقت على بحث مدى مطابقة التشريعات التي تصدرها المجالس التشريعية أو الكونجرس لاحكام الدستور ، بل امتدت هذه الرقابة الى ابعد من ذلك فشملت التعديلات الدستورية اذ وضع القاضي الامريكي نفسه فوق الدستوز وادعى لنفسه الحق في أن يكون فيه رأياً إذ يوجد في اعتقاده مجموعة من المبادىء السابقة يتضمنها القانون الطبيعي ، وهذه المبادىء تعلو على كل ما عداها وتشكل شرعية دستورية ، ومن ثم يجب ان لا تخالفها الدساتير المكتوبة فاذا لم تتطابق التعديلات الدستورية مع هذه المبادىء غدت هذه التعديلات غير دستورية .

André Hauriou, op. cit, P. 511

(١) الدكتور محمد كامل ليله ، المرجع السابق ، ص١٣٨ ، والدكتور يحيى الجمل ، المرجع السابق ، ص٨٢ .

(٢) André Hauriou, op. cit, P. 510
Julien Laferriere, op. cit, P. 316-317

الصادرة عن برلمانات هذه الولايات، وهي في هذا الخصوص يجب أن تضع في اعتبارها أحكام الدساتير الخاصة بالولايات، فضلاً عن أحكام الدستور الإتحادي ذاته[1].

طرق مباشرة الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية

تتم الرقابة على دستورية القوانين من جانب المحاكم الأمريكية بطرق ثلاثة: الدفع بعدم الدستورية، والأمر القضائي، والحكم التقريري.

أولاً: الدفع بعدم الدستورية: Voie d'exception d'inconstitutionalité

ومناطه كما سبق ورأينا أن يكون هناك دعوى مرفوعة أمام القضاء، ويراد فيها تطبيق قانون ما على أحد الأفراد، فيوجه هذا الأخير نظر المحكمة إلى مخالفة القانون المراد تطبيقه لأحكام الدستور، ويدفع بعدم دستوريته، فإذا ما اقتنعت المحكمة بوجهة نظره - بعد فحصها للقانون وتثبتها من مخالفته لأحكام الدستور - امتنعت عن تطبيقه في الدعوى المنظورة[2]، وعلى هذا النحو لا تقضي المحاكم الأمريكية بعدم الدستورية من تلقاء نفسها، وإنما يجب أن يكون ذلك بناء على طلب صاحب الشأن عن طريق الدفع بعدم الدستورية. ولا يترتب على الحكم الصادر بعدم دستورية القانون الغاؤه أو إبطاله، وإنما يقتصر أثره على استبعاد تطبيق القانون المدفوع بعدم دستوريته في الدعوى المنظورة، فالحكم الصادر في هذا الخصوص لا يحوز سوى حجية نسبية، ويبقى القانون قائماً ونافذاً إلى أن يتم إلغاؤه أو تعديله[3].

هذا ويشير بعض الفقه إلى أن نظام السوابق القضائية المعمول به في

---

(١) انظر الدكتور سعد عصفور، المرجع السابق، ص١٢٧، والدكتور محمد كامل ليله، المرجع السابق، ص١٣٣.

(٢) Bernard Chantebout, op. cit, P. 52

(٣) الدكتور محمد كامل ليله المرجع السابق، ص١٣٤.

Julien Laferriere, op. cit, P. 318, Bernard Chantebout, op. cit, P. 52, Michel Henry Fabre, op. cit, P. 171, Georges Burdeau, op. cit, P. 102

الولايات المتحدة كان له من الناحية العملية ـ لا القانونية ـ أثر لا يمكن إجحاده على الأحكام الصادرة بعدم الدستورية ، ذلك أن مقتضى نظام السوابق القضائية يوجب على كل محكمة أن تتقيد بالحكم الذي أصدرته ، كما تتقيد به المحاكم الأخرى التي في ذات درجتها ، وكذلك المحاكم الأدنى منها درجة .

وتبعاً لذلك فإن المحكمة الإتحادية العليا تتقيد في أحكامها بما صدر عنها من أحكام سابقة ، كما تتقيد بهذه الأحكام ـ باعتبارها صادرة عن أعلى محكمة في قمة التنظيم القضائي في الولايات المتحدة ـ سائر المحاكم الإتحادية ، فضلاً عن محاكم الولايات[1] ، الأمر الذي أدى باعتقاد البعض بأن أحكام المحكمة العليا يكون من شأنها إلغاء القانون المقضي بعدم دستوريته[2] .

هذا ويلاحظ أنه إذا كان القضاء الأمريكي قد اعتمد ـ في أول الأمر ـ في إجراء رقابته على دستورية القوانين على طريق الدفع بعدم الدستورية ، إلا أن هذا الطريق قد فقد اليوم ـ من الناحية العملية ـ بعض الأهمية بعد أن شاع

(١) انظر في ذلك

Jacques Cadart, op. cit, TI, P. 154, Michel Henry Fabre, op. cit, P. 171, Julien Laferriere, op. cit, P. 318.

وأنظر أيضاً الدكتور سعد عصفور ، المرجع السابق ، ص١٤٦ .

(٢) ومع ذلك يشير الدكتور سعد عصفور الى انه وان كان الحكم الصادر من المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستورية قانون ما يقيد سائر المحاكم بناء على نظام السوابق القضائية ، فيقترب القضاء الامريكي في هذه الحالة من قضاء الالغاء فإنه لا يزال متميزاً عنه ومختلفاً في آثاره ، وآية ذلك أنه بالرغم من ان المحكمة الاتحادية العليا مقيدة بسوابقها ، الا أنه من المتصور ان تتطور الظروف على نحو يحملها على العدول عن قضائها السابق فتعامل القانون على أنه دستوري ، ومثل هذا العدول يصادف محله لأن القانون استمر قائماً ولم يلغه قضاء المحكمة السابق بعدم دستوريته ولو كان قضاء المحكمة العليا قضاء الغاء لاستحال عليها العودة الى قانون انتهت حياته ، ولما كان من سبيل إلى اعادة العمل بأحكام ذلك القانون الا عن طريق سن قانون يحل محله من جانب السلطة التشريعية ، مرجعه سالف الذكر ص١٤٧ ـ ١٤٨ ، وانظر ايضاً الدكتور يحيى الجمل ، المرجع السابق ، ص٨٣ .

استعمال الأسلوبين الآخرين في الرقابة ، وهما أسلوب الأمر القضائي ، وأسلوب الحكم التقريري ، ويرجع ذلك في نظر بعض الفقه إلى أن أسلوب الدفع لا يجدي في توقي الضرر المتوقع من القانون غير الدستوري ، إذ ليست هناك وسيلة للتمسك بالدفع إلا إذا رفعت الدعوى فعلاً أمام القضاء ، وإلى أن يتم اتخاذ هذا الإجراء (رفع الدعوى) أما أن يطبق القانون ، فيكون على الفرد أن يتحمل الضرر الناتج عن تطبيقه دون أن يملك دفعة ، وإما أن لا يطبق القانون فيبقى الفرد مهدداً بتطبيقه في أي وقت[1].

ثانياً : الأمر القضائي Procedure d'injonction

مقتضى هذا الأسلوب أنه يجوز لأي فرد أن يلجأ إلى المحكمة المختصة بطلب إيقاف تنفيذ أي قانون بسبب عدم دستوريته اذا كان من شأن تنفيذه أن يلحق به ضرراً[2]. فإذا ما ثبت للمحكمة أن القانون غير دستوري ، أصدرت أمراً قضائياً إلى الموظف المختص بالامتناع عن تنفيذ ذلك القانون . وفي هذه الحالة يكون على الموظف تنفيذ الأمر الصادر إليه من المحكمة بعدم تنفيذ القانون ، وإلا عد مرتكباً لجريمة يطلق عليها جريمة احتقار المحكمة Contempt of court[3].

على هذا النحو يعد طريق الأمر القضائي طريقاً هجومياً يقصد به توقي تطبيق القانون أو تنفيذه على اعتبار أنه مخالف للدستور[4].

---

(١) الدكتور سعد عصفور ، المرجع السابق ، ص١٤٩ .

(٢) Bernard Chantebout, op. cit, P. 53, Georges Burdeau, op. cit, P. 102, Julien Laferriere, op. cit, P. 318.

(٣) الدكتور سعد عصفور ، المرجع السابق ، ص١٥٠ ، الدكتور رمزي طه الشاعر ، المرجع السابق ، ص٢٦٦ - ٢٦٧ وراجع تفصيلاً في الأوامر القضائية أو ما يسمى بأوامر المنع . الدكتور أحمد كمال أبو المجد ، الرسالة السابقة ، ص٢٣٩ ، وما بعدها .

وانظر أيضاً : Georges Burdeau, op. cit, P.102.

(٤) والسند القانوني الذي استندت اليه المحاكم الاتحادية لاصدارها هذه الأوامر باعتبارها من أساليب العدالة ، نص المادة الثانية فقرة ٢ من الدستور الاتحادي ، والتي نصت على تأكيد حق =

غير أنه نظراً لما أسفر عنه استعمال أسلوب الأمر القضائي من تعطيل لتنفيذ القوانين، رأى الكونجرس ضرورة إحاطة هذا الأسلوب بعدة ضمانات تكفل جدية بحثه والتريث في إصداره خشية الإساءة في استعماله. فأصدر لذلك قانوناً عام ١٩١٠ جعل بمقتضاه الإختصاص بإصدار الأوامر القضائية لمحكمة إتحادية خاصة تشكل من قضاة ثلاثة، كما نص على جواز الطعن في أحكام هذه المحكمة أمام المحكمة الإتحادية العليا.

وقد ترتب على إصدار هذا القانون أنه لم يعد من اختصاص القاضي الفرد إصدار هذه الأوامر في مجال رقابة دستورية القوانين.

ثالثاً - الحكم التقريري **La procédure de jugement déclaratoire** (١)

يفترض هذا الأسلوب في مجال الرقابة على دستورية القوانين أن فرداً يلجأ إلى المحكمة يطلب منها إصدار حكم يقرر ما إذا كان قانون ما يراد تطبيقه عليه دستورياً أو غير دستوري، وحينئذ يكون على الموظف المختص التريث في التنفيذ إلى أن يصدر حكم المحكمة ليحدد موقفه تبعاً له، فإما أن يطبق القانون إن قضى الحكم بدستوريته، وإما أن يمتنع عن تطبيقه إن قضى الحكم بعدم دستوريته(٢). هذا ويلاحظ أن الحكم الصادر في هذا الخصوص لا يكون

= المحكمة الاتحادية العليا في «النظر في جميع الخصومات - وفقاً للقانون أو العدالة - التي تنشأ في ظل هذا الدستور».

اما محاكم الولايات فقد استندت في استخدامها لهذا الأسلوب الى القوانين التي سنتها معظم البرلمانات خلال تأثرها بالنظام القضائي الانجليزي، والتي ادمجت قانون العدالة بالقانون العام.

الدكتور سعد عصفور، المرجع السابق، ص١٤٩. الدكتور شمس مرغنى علي، المرجع السابق، ص١٨٥.

(١) انظر في الاحكام التقريرية تفصيلاً، الدكتور احمد كمال أبو المجد، الرسالة السابقة، ص٢٧٣. وانظر أيضاً:

Georges Burdeau, op. cit, P. 102–103, Julien Laferriere, op. cit, P.319

(٢) ولم يستخدم اسلوب الحكم التقريري الا منذ عام ١٩١٨، وهو أقرب إلى أساليب القانون الخاص التي تجيز ان يلجأ شخصان الى المحكمة بطلب اصدار حكم يقرر حقوقهما تبعاً لقاعدة قانونية لا يختلفان في شأن وجوب تطبيقها.

الدكتور سعد عصفور، المرجع السابق، ص١٥٠.

له سوى أثر نسبي ، أي أنه لا يحتج به إلا لمن صدر لصالحه ، وفي الحالة المطلوب فيها إصدار الحكم دون سواها.

ولئن ترددت المحكمة العليا أول الأمر في قبول فكرة الأحكام التقريرية كوسيلة لبحث دستورية القوانين ، تأسيساً على أن وظيفتها القضائية لا تمتد إلى البت في المسائل النظرية المجردة ، ورفضت استخدامه لعدم وجود المنازعة الحقيقية ، فإنها عادت وقررت استخدامها لهذا الحق منذ أن أصدر الكونجرس الأمريكي قانوناً عام ١٩٣٤ خول بمقتضاه المحاكم الإتحادية حق إصدار أحكام تقريرية في شأن المسائل المتعلقة بدستورية القوانين[١]. ويلاحظ أن طريقي الأمر القضائي والحكم التقريري يفضلان طريق الدفع بعدم الدستورية لأنهما يمكنان الفرد من الطعن في القانون فور صدوره ، وبذلك يتفادى الفرد الضرر الذي قد يصيبه من جراء تنفيذ القانون[٢].

أثر القضاء الأمريكي في انتشار وتقرير رقابة الدفع بعدم الدستورية في الدول الأخرى

رأينا كيف انتصر القضاء الأمريكي لرقابة دستورية القوانين فأقر لنفسه بحق الامتناع عن تطبيق القوانين المخالفة لأحكام الدستور إذا ما دفع أمامه بعدم دستوريتها. وقد كان لقضاء المحاكم الامريكية أثره الملموس في اتجاه الدول الأخرى بشأن تقرير الرقابة القضائية على دستورية القوانين.

١ - ففي بعض الدول حرص مشرعوا الدساتير فيها على أن يضمنوا نصوص الدساتير أحكاماً صريحة تقر للمحاكم بالحق في رقابة الدستورية[٣] ، ومن قبيل هذه الدول نذكر الأرجنتين في دستورها الصادر عام ١٨٥٣ ، وجواتيمالا في

---

(١) الدكتور رمزي طه الشاعر ، المرجع السابق ، ص٢٦٨ ، والدكتور سعد عصفور ، المرجع السابق ، ص١٥١ .

(٢) الدكتور محمد كامل ليله ، المرجع السابق ، ص١٤١ هامش

(٣) انظر الدكتور سعد عصفور ، المرجع السابق ، ص١٥٩ ، الدكتور محمد كامل ليله ، المرجع السابق ص١٤٣ ، والدكتور ثروت بدوي ، المرجع السابق ، ص١٤٦ .

دستورها الصادر عام ١٨٧٩ ، والبرازيل في دستورها الصادر عام ١٨٩١ ، وكوبا في دستورها الصادر عام ١٩٠١ ، والمكسيك في دستورها الصادر عام ١٩١٧ ، وشيلي في دستورها الصادر عام ١٩٢٥ ، وإيرلندا الحرة في دستوريها الصادرين في عامي ١٩٢٢ ، ١٩٣٧ ، والمانيا الغربية في دستورها الصادر عام ١٩٤٩ ، ورومانيا في دستوريها الصادرين عامي ١٩٢٣ ، ١٩٣٨ .

٢ ـ وفي بعض الدول الأخرى لم يتعرض مشرعوا الدساتير لمسألة الرقابة على دستورية القوانين ، فلم تنط هذه الدساتير بجهة القضاء الاختصاص بأمر الرقابة ، ولم تمنعه في ذات الوقت من القيام بها .

غير أن القضاء والفقه لم يقفا في هذه الدول موقفاً واحداً .

أ ـ ففي بعض هذه الدول نجد أن القضاء ـ مؤيداً بالفقه ـ قد أقر لنفسه بحق رقابة الدستورية ، وسلم لنفسه بهذا الاختصاص على الرغم من عدم وجود نصوص في الدستور تنيط به أمر إجراء الرقابة ، وقد فسر القضاء سكوت المشرع الدستوري في هذا الخصوص على أنه قبول من جانبه على قيام المحاكم بإجراء هذه الرقابة بطريق الدفع الفرعي بعدم الدستورية .

ومن هذه الدول : كندا ، واستراليا ، واستوانيا ، ورومانيا قبل صدور دستور ١٩٢٣ ، واليونان قبل صدور دستور ١٩٢٧ ، والمانيا قبل الحرب العالمية الثانية[1] ، كما استقر القضاء المصري على الإقرار لنفسه بحق إجراء الرقابة على دستورية القوانين منذ عام ١٩٤٨ وحتى إنشاء المحكمة الدستورية العليا على الرغم من خلو الدساتير المصرية في ذلك الوقت من نص ينيط بالقضاء هذا الحق .

ب ـ وفي البعض الآخر من هذه الدول رفض القضاء ـ معززاً بجانب من الفقه ـ أن يقر لنفسه بحق رقابة الدستورية وامتنع عن التصدي لهذه المسألة على

---

(١) الدكتور سعد عصفور ، المرجع السابق ، ص١٦٠ ، والدكتور ثروت بدوي ، المرجع السابق ، ص١٤٧ .

الإطلاق، بينما ذهب جمهرة الفقه إلى التمسك بمبدأ الرقابة، والعمل على تقريرها لجهة القضاء. فكان مبدأ دستورية القوانين واختصاص القضاء ببحثها بين الإنكار والتأييد.

وتعتبر فرنسا من أمثلة الدول التي اتخذت هذا الموقف من دستورية القوانين وتصدرته، وذلك في الفترة بين قيام الثورة الفرنسية حتى صدور دستور عام ١٩٤٦ والذي بمقتضاه قرر المشرع صراحة الأخذ بالرقابة السياسية السابقة على صدور القانون. ونرى من المفيد أن نعرض في هذا المقام لمبدأ دستورية القوانين في فرنسا وهو بين الإنكار والتأييد لنقف على الأدلة والحجج التي قيل بها بشأن التنكر لرقابة القضاء لدستورية القوانين، وعلى تلك التي قيل بها بشأن تأييد هذه الرقابة الدستورية والدفاع عن حق القضاء بإجرائها.

دستورية القوانين في فرنسا ومدى حق القضاء بإجرائها في الفترة السابقة على صدور دستور ١٩٤٦

(رقابة الدستورية بين الإنكار والتأييد)

أولاً - التنكر لرقابة دستورية القوانين

يمثل هذا الإتجاه القضاء الفرنسي بفرعيه (العادي والإداري) يعززه جانب من الفقه[١]، وقد رفض القضاء في جملته أن يقر لنفسه بحق إجراء الرقابة على دستورية القوانين للتثبت من مطابقتها لأحكام الدستور والامتناع عن تطبيقها إذا ما تبين له عدم دستوريتها، وقد استند القضاء والفقه الفرنسيين في هذا الخصوص لتدعيم وجهة نظرهم بعدة حجج وأسانيد نجملها فيما يلي:

(١) R. Carré de Melberg: contribution à la théorie général de l'Etat,T.I.,P. 747

Esmein A. Elements de droit constitutionnel Français et compare T.L, P. 641.

ومن هؤلاء الفقهاء أيضاً الفقيه الالماني Laband أشار اليه الدكتور عثمان خليل، المرجع السابق، ص٤٠.

١ - ان القانون الفرنسي قد تضمن بعض النصوص التشريعية التي تحول دون قيام القضاء بإجراء الرقابة على دستورية القوانين، ومن أمثلة هذه النصوص المادة الحادية عشرة من قانون التنظيم القضائي الصادر في ٢٤/١٦ أغسطس ١٧٩٠ والتي نصت على أنه «ليس للمحاكم بصفة مباشرة أو غير مباشرة أن تقوم بأي عمل من أعمال السلطة التشريعية، ولا أن تمنع تنفيذ القوانين أو إصدارها»، وكذلك المادة الثالثة من التشريع الصادر في ٧ سبتمبر ١٧٩١ والتي نصت على أنه «ليس للمحاكم أن تتدخل في أعمال السلطة التشريعية ولا تمنع تنفيذ القوانين أو الغائها»، وكذلك المادة ١٢٧ من قانون العقوبات الفرنسي التي قضت «بمعاقبة القضاة الذين يتدخلون في أعمال السلطة التشريعية»[١].

وعلى هذا النحو وجد القضاء الفرنسي نفسه ليس فقط إزاء صمت دستوري فيما يتعلق بموضوع الرقابة، وإنما إزاء نصوص صريحة من شأنها الحيلولة دون قيامه بنظر رقابة دستورية القوانين.

ويضيف الفقه أن تقرير هذه النصوص من جانب رجال الثورة الفرنسية كان مبعثه نظرة الريبة والشك في جهات القضاء، حتى لا تعوق تنفيذ القوانين الثورية الجديدة بحجة عدم مطابقتها لأحكام الدستور[٢]، وحتى لا يقف

Jacques Cadart, op. cit, TI, P. 152, Georges, Burdeau, op. cit, P. 104, =
Julien Laferriere, op. cit, P. 335.

(١) راجع في الاشارة الى هذه النصوص

وراجع أيضاً الدكتور علي السيد الباز، الرسالة السابقة، ص ٢٥٥، الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص١٤٩، الدكتور عبد الحميد متولي: القانون الدستوري والنظم السياسية ١٩٦٦، ص٢٠٥ والدكتور عثمان خليل، المرجع السابق، ص٤١.

(٢) ويشير الفقه الى ان الباعث على اصدار هذه النصوص التشريعية - والتي اعتمد عليها القضاء لاستبعاد رقابته - قد تمثل في ظروف تاريخية كمنت في الانطباع السيء الذي ترسب في نفوس رجال الثورة عن المحاكم الفرنسية القديمة، اذ كانت هذه المحاكم تتدخل في اعمال السلطة التشريعية وتعرقل تنفيذ القوانين، وعمل القضاء الفرنسي على الوقوف ضد أي اصلاح تم في النظام الملكي اعتباراً من النصف الأول للقرن الثامن عشر حتى قيام الثورة، الأمر الذي ادى

القضاء عقبة إزاء الإصلاحات الثورية التي أرادها رجال الثورة ومن ثم انتهى هذا الفقه إلى أن الرغبة كانت واضحة لدى مشرعي هذه القوانين في استبعاد كل فكر ينحو بتقرير الرقابة الدستورية لجهة القضاء .

٢ - كما استند دعاة هذا الإتجاه إلى فكرة اعتبار القانون التعبير الحر والرسمي للإرادة العامة للأمة - تلك الفكرة التي حرصت الثورة الفرنسية - جل حرصها على تسجيلها في إعلان حقوق الإنسان والمواطن ١٧٨٩[١] - ولما كانت هذه الإرادة ذات سيادة ، أي أنها سلطة عليا Un pouvoir supreme ليس ثمة ما هو أعلى منها ، فلا يسوغ ذلك فرض أية رقابة عليها ، ومن ثم فلا يمكن - في نظر هذا الفقه - مراقبة القانون أداة التعبير عن هذه الإرادة[٢] .

٣ - وقد استند أنصار هذا الإتجاه فضلاً عن ذلك إلى أن مبدأ الفصل بين السلطات يقضي بحصر وظيفة القضاء في الحكم بمقتضى القوانين ، أي بتطبيقها ، لا الحكم عليها والبحث في دستوريتها[٣] ، وأن القول باعطاء القضاء حق رقابة الدستورية من شأنه أن يجعل منه سلطة سياسية تسمو سائر السلطات في الدولة ، وتمارس عملا سياسيا مما لا يدخل أصلا في طبيعة الوظيفة القضائية[٤] .

= بالجمعية التأسيسية الفرنسية الى النص في التشريعات المشار اليها على عدم تدخل المحاكم في أعمال السلطة التشريعية .

Jacques Cadart, op. cit, T.L, P.151, Julien Laferriere, op. cit, P.335.

وانظر في ذلك أيضاً الدكتور عبد الحميد متولي ، القانون الدستوري والانظمة السياسية ١٩٦٦ ص٢٠٦ ، الدكتور سعد عصفور ، المرجع السابق ، ص١٦١ ، والدكتور عثمان خليل ، المرجع السابق ، ص٤٢ .

(١) اذ نصت المادة السادسة من هذا الاعلان

«Art 6» «La loi est l'expe ression libre et solennelle de la volonté général».

(٢) انظر في ذلك

Georges Burdeau, op. cit, P. 104, Jacques Cadart, op. cit, P. 151, Julien Laferriere. op. cit, P. 333, Bernard Chantebout, op. cit, P. 52, Pierre Pactet, op. cit, P. 40

(٣) Carré de Merlberg, op. cit,T.L, P. 747 et suiv.

(٤) Esmein , op. cit,T.L,P. 641.

وتبعاً لذلك انتهى هذا الفقه إلى أنه لا يجوز للقضاء مراقبة دستورية القوانين، وبحث أعمال السلطة التشريعية التي أناط بها الدستور مهمة التشريع وإلا كان في تقرير تلك الرقابة تعدياً على السلطة التشريعية[1] التي تملك وحدها - باعتبارها المعبرة عن الإرادة العامة للأمة - أن تقدر ما إذا كان القانون موافقاً أو غير موافق لأحكام الدستور.

وإذا كان الأستاذ Esmein قد رأى أن قيام القضاء بالرقابة على دستورية القوانين يعد تعدياً من السلطة القضائية على السلطة التشريعية، فإن الأستاذ R. Carré de Melberg قد رأى في هذه الرقابة اعتداء على السلطة التنفيذية[2]. وهو عين ما قال به الأستاذ Laband من الفقه الالماني، إذ رأى كل منهما في إصدار التشريع من جانب رئيس الدولة بمثابة شهادة رسمية بموافقة التشريع شكلاً لأحكام الدستور ودليلاً على صحته، ومن ثم فلا يجوز للقضاء بعد ذلك أن يتعرض لبحث دستوريته مرة أخرى[3].

وتبعاً لما سبق من اعتبارات بدت مقنعة في ذلك الوقت لم يقر القضاء الفرنسي - العادي والإداري - لنفسه بحق مراقبة دستورية القوانين، ورفض من جانبه الإمتناع عن تطبيق القانون المخالف لأحكام الدستور.

واستقر القضاء العادي منذ عام ١٨٣٣ على اعتبار النظر في دستورية القوانين أمراً خارجاً عن اختصاصه[4]، فقضت محكمة النقض الفرنسية في

---

(١) انظر في ذلك Jacques Cadart, op. cit, P. 151.

(٢) راجع الدكتور علي السيد الباز، الرسالة السابقة، ص٢٤٤.

(٣) انظر الدكتور سعد عصفور، المرجع السابق، ص١٦٤، الدكتور عثمان خليل، المرجع السابق، ص٤٠، والدكتور محمود حلمي، المرجع السابق، ص٦٧.

(٤) وهذا ما قرره المحامي العام لدى محكمة النقض، قائلاً:

«Mais si l'on demande s'il peut y avoir des lois inconstitutionnelles en ce sens que ces lois seraient contraires à la charte, ce n'est pas aux tribunaux de juger l'oeuvre du législateur car les tribunaux ont appliquer les lois fussent—elles mauvaises tant qu'elles n'ont pas été changées».

راجع في ذلك Julien Laferriere, op. cit, P. 332.

الكثير من أحكامها بعدم ولايتها في النظر في الطعون المقدمة أمامها بعدم دستورية القوانين، ومن أهمها الحكم الصادر في ١١ مايو ١٨٣٣[1]، والحكم الصادر في ٢٤ مارس ١٨٣٣[2].

وقد شايع القضاء الإداري في أحكامه ما استقر عليه القضاء العادي، فقرر مجلس الدولة في الحكم الصادر في ٦ نوفمبر عام ١٩٣٦.

«أنه في ظل الوضع الحالي للقانون العام في فرنسا لا يمكن إثارة هذه الوسيلة - رقابة دستورية القوانين - أمام المجلس[3].

وقد ظل مجلس الدولة الفرنسي متمسكاً باتجاهه السابق في ظل حكومة

---

(١) «Attendu que la loi du 8 octobre 1830 délibérée et votée dans les formes prescrites par la charte fait la règle des tribunaux et ne peut être attaqué devant eux pour cause d'inconstitutionnalité Cass 11 mais, 1833, 8-1833 I P. 157.

(٢) Cass 24 Mars, 1833. D. 1833 I, P. 231

راجع في الاشارة الى ذلك: Julien Laferriere, op. cit, P. 332

والدكتور سعد عصفور، المرجع السابق، ص١٦٢.

وقد جرت المحاكم الفرنسية في بعض أحكامها على اعتبار نفسها مختصة فقط ببحث ما إذا كان القانون مطابقاً للدستور من الناحية الخارجية أي الشكلية، اي صدوره وفقاً للاجراءات المنصوص عليها في الدستور. غير أنها قد بررت ذلك لا على أساس انها تملك حقاً في رقابة دستورية القوانين، وإنما على اساس فكرة الانعدام، وان القانون الذي لا يستوفي الشكل أو الاجراءات التي نص عليها الدستور لا يعتبر موجوداً بل منعدماً.

انظر في ذلك الدكتور سعد عصفور، المرجع السابق، ص١٦٣، والدكتور علي السيد الباز الرسالة السابقة، ص٢٥٣

(٣) «En l'état actuel du droit public français un tel moyen n'est pas de nature à être discute devant le conseil d'Etat statuant au contentieux».

C. E-6 nov. 1936, S. 1937-3-33

وراجع في الاشارة اليه:

Marcel Prélot, op. cit., P.228.

Georges Burdeau, op. cit, P.106.

فيشي ، حيث أعلن في الكثير من أحكامه رفضه الصريح لبحث رقابة دستورية القوانين التي يصدرها رئيس الدولة(١). على أي حال فإن القضاء الفرنسي بفرعيه (العادي والإداري) ما زال وفياً على عهده بالتنكر لأمر إجراء رقابة دستورية القوانين ، فحتى اليوم لا نجد تغييراً يذكر في موقف هذا القضاء(٢).

ثانياً - تأييد رقابة دستورية القوانين

ذهب غالبية الفقه الفرنسي أمثال Duguit, Hauriou-Jeze-. Berthelemy إلى وجوب تقرير مبدأ الرقابة على دستورية القوانين في فرنسا ، إذ ليس هناك ثمة مانع يحول دون تقريرها وإناطة الإختصاص بالنظر فيها لجهة القضاء(٣) ، وذلك على الرغم من خلو الدساتير الصادرة عقب الثورة من أحكام تنظم أمر هذه الرقابة . وقد استند هذا الفقه في تعزيز رأيه إلى الكثير من الأدلة التي تقوم على تقويض ودحض ما تذرع به الفقه المناهض ويمكن إجمال هذه الحجج فيما يلي :

أولاً : إن تقرير الرقابة على دستورية القوانين لا يتعارض - كما ذهب إلى ذلك الرأي المناهض - مع علو أو سمو الإرادة العامة للأمة الممثلة في القانون ، بل على العكس من ذلك يؤدي إجراء هذه الرقابة إلى احترام هذه الإرادة وإلى توكيدها(٤).

---

(١) C.E. 22 mars 1944. S. 1945-3-54. mote charlier et C. E. 3 janvier 1945, S. 1945-65.

راجع في الاشارة الى هذه الاحكام Georges Burdeau, op. cit, P.106.

Marcel Prelot, op. cit, P. 228

(٢) Georges Burdeau, op. cit, P. 105

(٣) انظر في ذلك

Julien Laferriere, op. cit, P. 336, Georges Burdeau op. cit, P. 105

(٤) ويرد بعض الفقه أمثال Sibert على الحجة القائلة بان القانون هو التعبير عن الارادة العامة للأمة وان هذه الارادة ذات سيادة ، وبالتالي لا يجوز فرض رقابة عليها ، بان هذه الحجة تقوم

فإجراء الرقابة على دستورية القوانين وإعلان عدم تطابق القانون مع أحكام الدستور هو الذي يكفل احترام إرادة الأمة الممثلة حقيقة في الدستور ويكفل لها السمو، دون أن يعد ذلك إعتداء عليها أو تقليلاً من قدرها[1]. هذا فضلاً عن أن القول بأن القانون هو التعبير عن الإرادة العامة للأمة، وبالتالي لا يجوز إجراء الرقابة عليه بالتثبت من اتفاقه مع الدستور، يغفل قاعدة تدرج القواعد القانونية في النظام القانوني في الدولة، واحتلال القواعد الدستورية فيه قمة هذه القواعد، وتلك هي أهم سمة تتصف بها الدساتير الجامدة[2].

ثانيا: إن تقرير رقابة الدستورية ومباشرة القضاء لها لا يتضمن خرقاً أو إنتهاكاً لمبدأ الفصل بين السلطات - كما ذهب إلى ذلك أنصار الرأي المناهض. ولا يتضمن أيضاً اعتداء على اختصاص السلطة التشريعية. ذلك أن اختصاص القضاء بإجراء الرقابة الدستورية هو ما تقضي به وظيفة القاضي، دون أن يعد ذلك خروجاً عن دائرة عمله[3]، فمن طبيعة عمل القاضي الفصل فيما يعرض عليه من منازعات وتبيان حكم القانون فيها. فإذا ما وجد تعارضاً بين

= على الاساس الصوري أو المجازي Fiction الذي قامت عليه نظرية العقد الاجتماعي لجان جاك روسو. والواقع أن القانون لا يبنى على أساس المجاز بل على أساس الحقائق. فاذا نظرنا الى تلك الحقائق لوجدنا أن القانون يقوم بعمله في الواقع اقلية من الأفراد الذين يتكلمون باسم الأمة، وهؤلاء الأفراد يجب أن يكونوا موضع رقابة اذا كنا نحرص على احترام المبادىء الاساسية والاجتماعية السائدة في الدولة. واذا كنا نحرص على الحيلولة دون أن يكون القانون أداة استبداد. انظر في ذلك الدكتور عبد الحميد متولي. القانون الدستوري والأنظمة السياسية ١٩٦٦، ص٢٠٧.

(١) ويرى بعض الفقه انه اذ قيل بان القانون هو التعبير عن الارادة العامة للشعب فالرد على ذلك - إذا جاز هذا القول - أن الدستور هو التعبير عن الارادة العامة للشعب، وليس القانون، لأن الأول مصدره في الغالب الأعم الشعب، في حين أنه التالي مصدره في العادة ممثلي الشعب.
أنظر الدكتور فؤاد العطار، المرجع السابق، ص٢٥٢، وانظر الدكتور محسن خليل، المرجع السابق، ص٦٠٦.

(٢) Pierre Pactet, op. cit, P. 40.

(٣) André Hauriou. op. cit, P. 343

القانون المزمع تطبيقه والدستور وجب عليه في هذا الخصوص أن يرجح الدستور باعتباره القانون الأسمى على القانون العادي باعتباره أدنى من الدستور مرتبة، وعلى هذا النحو يكون على القاضي إنزال حكم الدستور والعمل به دون حكم القانون العادي، وذلك كله دون أن يعتبر أن القاضي قد خرج عن حدود اختصاصه أو وظيفته[1]، ودون أن يتضمن ذلك انتهاكاً أو خرقاً لمبدأ الفصل بين السلطات.

كما أن القاضي لا يحكم بإلغاء القانون المخالف للدستور وإنما يقوم فقط باستبعاده مرجحاً حكم القانون الأعلى مرتبة أي الدستور، وهو لا يقوم بذلك من تلقاء نفسه وإنما بناء على دفع من أحد الخصوم في الدعوى المطروحة أمامه. الأمر الذي لا يمكن معه القول بأن قيام السلطة القضائية بإجرائها للرقابة يمثل اعتداءً على السلطة التشريعية.

وإذا كان جمهور الفقه الفرنسي لم يسلم على النحو السابق بأن قيام القضاء بالرقابة يعد إنتهاكاً لمبدأ الفصل بين السلطات، فإن البعض منهم قد ذهب في الدفاع عن حق القضاء في إجراء هذه الرقابة إلى حد أن جعلها نتيجة حتمية

(١) انظر الدكتور عثمان خليل، المرجع السابق، ص٤٤، الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص١٤٢، الدكتور عبد الحميد متولي، المرجع السابق، ص٢٠٧، الدكتور يحيى الجمل، المرجع السابق، ص٨٧.

وانظر ايضاً

Marcel Prelot, op. cit, P. 220, Michel Henry Fabre, op. cit, P: 172
André Hauriou, op. cit, P. 343

ويقول هوريو في هذا الخصوص

أنه مما يدخل في صميم عمل القاضي ان يحل التنازع الذي قد ينشأ بين القوانين، فيكون عليه ان يحل التنازع بين القانون الوطني والقانون الأجنبي، وبين القانون الجديد والقانون القديم، وكذلك التنازع بين القانون الأعلى والقانون الادنى، وتبعاً لذلك يكون على القاضي ان يرجح الدستور باعتباره القانون الأعلى إذا ما تعارضت احكامه مع القانون العادي باعتباره ادنى منه درجة.

لمبدأ الفصل بين السلطات ذاته، وأمراً لازماً للذود عنه واحترامه. فكما لا يجوز للسلطة القضائية الإعتداء على السلطة التشريعية، فإنه لا يجوز كذلك لهذه السلطة الأخيرة الإعتداء على السلطة القضائية، فحيث تسمح السلطة التشريعية لنفسها أن تسن قانوناً يخالف الدستور، فإنه لا ينبغي أن تلزم القضاء وتجبره في الإشتراك معها في هذه المخالفة، وإلا كان ذلك اعتداء من السلطة التشريعية على السلطة القضائية[1]. فالسلطة التشريعية إذا انتهكت أحكام الدستور فلا يجوز لها بحال من الأحوال أن تجبر سلطة غيرها وبخاصة السلطة القضائية على مجاراتها في ذلك الإعتداء[2].

كما لم يسلم جمهور الفقه الفرنسي بما قال به أصحاب الرأي المناهض وخاصة الفقه الألماني من أن رقابة القضاء على دستورية القوانين تتضمن إعتداء على السلطة التنفيذية، فهذا القول وإن صح التسليم به في المانيا، إلا أنه لا يمكن الأخذ به خارجها وخاصة في فرنسا، حيث لا يمكن إعطاء الإصدار تلك الأهمية، ولا يمكن اعتباره بحال من الأحوال شهادة قاطعة على صحة القانون بحيث يلتزم به القضاء دون إمكان مناقشة صحته[3].

ثالثاً: إن النصوص التشريعية العادية التي استند إليها الفقه الفرنسي المناهض والمنكر لحق القضاء في رقابة دستورية القوانين لا تحول اليوم دون إمكان قيام القضاء برقابة الدستورية، فالمشرع الفرنسي لم يكن يقصد من إصدار هذه النصوص في ذلك الوقت سوى منع المحاكم من التدخل في أمور

---

(١) انظر في هذا الرأي الدكتور سعد عصفور، المرجع السابق، ص١٦٧.

(٢) الدكتور فؤاد العطار، المرجع السابق، ص٢٥٢، والدكتور محمود حافظ، المرجع السابق ص٣٠١.

(٣) انظر في ذلك الدكتور عثمان خليل، المرجع السابق، ص٤٣، والدكتور محمود حلمي، المرجع السابق، ص٦٧.

السلطات التشريعية التي اعتادت عليه قبل الثورة ، فهذه النصوص قد وضعت في ظروف تاريخية كان ينظر فيها إلى القضاء من جانب مشرعي الثورة نظرة ريبة وشك ، خشية أن يقف القضاء في وجه الإصلاحات الثورية فيقضي بعدم دستورية القوانين الجديدة التي تحمل معالم الإصلاح المنشود[١].

ورأى الفقه أن هذه النصوص قد استنفذت أغراضها وزال موجب الأخذ بها نتيجة زوال الظروف التي قررت من أجلها ، ومن ثم فلا يصح التعويل عليها والتذرع بها للحيلولة دون قيام القضاء بممارسة رقابة الدستورية[٢] ومن ثم فلا يكون هناك مانع تشريعي يحول دون وجود هذه الرقابة[٣].

رابعاً : إن القضاء يعتبر خير هيئة تقوم بمهمة الرقابة على دستورية القوانين إزاء انتفاء النص من جانب المشرع الدستوري ، على تعيين هيئة أخرى،وذلك لما يتوافر لجهة القضاء من دعائم الإستقلال وطابع الحرص على إقرار العدالة وما يتسم به تشكيلها من طابع قانوني خالص[٤].

تلك هي حصيلة الحجج والأدلة التي استند إليها الفقه الفرنسي الحديث لتأكيد مبدأ رقابة القضاء لدستورية القوانين في الفترة السابقة على صدور دستور سنة ١٩٤٦ .

---

(١) راجع في ذلك الدكتور عبد القادر الجمال ، المرجع السابق ، ص٤٤ ، الدكتور محمود حلمي ، المرجع السابق ، ص٦٨ ، الدكتور سعد عصفور ، المرجع السابق ، ص١٦٥ ، والدكتور علي السيد الباز ، الرسالة السابقة ، ص٢٥٦ .

(٢) Michel Henry Fabre, op. cit, P. 173.

(٣) بل ان بعض الفقه قد ذهب في تفسيره لهذه النصوص الى أنها لا تمثل سوى تطبيق لمبدأ الفصل بين السلطات ، والذي بمقتضاه يكون على القاضي وجوب النظر في دستورية القوانين. انظر الدكتور السيد صبري ، المرجع السابق ، ص٦٥١ .

(٤) Julien Laferriere, op. cit, P. 312

وإزاء قوة هذه الادلة وبراعتها هجر بعض الفقه التقليدي أمثال ديجي وموريس هوريو الرأي المناهض، وأيد بقوة الرأي القائل باختصاص القضاء برقابة دستورية القوانين، حتى ولو لم تنص الدساتير الفرنسية - الصادرة وقتذاك - صراحة على تقرير هذا الاختصاص لجهة القضاء[1].

ورأى هذا الفقه أن من حق القضاء أن يباشر هذه الرقابة إذا ما دفع أمامه بعدم الدستورية، ما دام أن الدستور لم يمنعه صراحة من مباشرة هذا الحق.

ويعترف الأستاذ ديجي بعبارات صريحة وقاطعة عن عدوله عن الرأي الأول قائلاً إنه كان مخطئاً وإنه يقبل اليوم بغير تردد الرأي المخالف الذي يقوم على إقرار حق القضاء في مراقبة دستورية القوانين[2].

وكم تمنى الفقه الفرنسي المعاصر أن يقبل القضاء العادي والإداري القيام بمهمة الرقابة على دستورية القوانين، فهذه الرقابة تبدو في نظره أكثر فاعلية، وأكثر اتساقاً مع طبيعة الأشياء، إذ لا تخرج ممارستها عن قيام القضاء بالتحقق من مطابقة قاعدة دنيا لقاعدة عليا[3]، وإهمال العمل بالقاعدة الأولى حيال تعارضها مع القاعدة الثانية أي القاعدة الدستورية، وإذا كان الدستور

---

(٥) انظر في ذلك. Georges Burdeau, op. cit, P. 105

(٢) «J'était dans l'erreur et aujourd'hui j'accepte sans hesiter la solution que je viens d'exposer».

Duguit: Traité de droit constitutionnel 3ed. T III, P. 724

وانظر في الاشارة الى ذلك الدكتور السيد صبري، المرجع السابق، ص٦٥٢، الدكتور يحيى الجمل، المرجع السابق، ص٨٦، والدكتور علي السيد الباز، الرسالة السابقة، ص٢٤٨.

(٣) Georges Vedel, op. cit, P. 91, Georges Burdeau, op. cit, P. 105, Jacques Cadart, op. cit, P. 151, Pierre Pactet, op. cit, P. 40 et suiv, Michel Henry Fabre, op. cit, P. 173 Marcel Prelot, op. cit, P. 220

الفرنسي الحالي الصادر عام ١٩٥٨ ومن قبله الدستور الصادر عام ١٩٤٦ ، قد تبنى صراحة نظام الرقابة السياسية مستبعداً نظام الرقابة القضائية ، وإزاء قطع نصوص الدستور في هذه المسألة ، فإنه لم يسع الفقه الفرنسي الحديث إلا أن يقدم أسفه على انعدام أو غياب هذا النوع من الرقابة أي الرقابة القضائية(١).

الجمع بين طريقي الرقابة القضائية

الرقابة عن طريق الدفع مقرونة برفع دعوى عدم دستورية القانون.

رأينا أن أسلوب الدعوى الأصلية مقتضاه إناطة الحق في رقابة دستورية القوانين إلى محكمة واحدة في الدولة ينص عليها الدستور - سواء تمثلت هذه المحكمة في المحكمة العليا في قمة النظام القضائي ، أو في محكمة دستورية تنشأ خصيصاً لهذا الغرض ، وتتم الرقابة حينئذ عن طريق رفع دعوى مبتدأة - من أصحاب الشأن - الأفراد أو إحدى هيئات الدولة ، بالطعن في صحة قانون ما ، فإذا ما ثبت للمحكمة مخالفة القانون المطعون في دستوريته لأحكام الدستور ، قضت بإلغائه ، ويكون للحكم الصادر في هذا الشأن حجية مطلقة تجاه الكافة ، ويعتبر القانون كأن لم يكن.

---

(١) حيث يقول : André Hauriou, op. cit, P. 344

«Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité de lois s'il à été a adopté par un certain nombre de pays,n'est pas vraiment devenu une institution de droit commun constitutionnel, ce qui est très regrettable».

وراجع في ذات المعنى

Georges Burdeau, op. cit, P.105-106.

ورأينا أيضاً أن أسلوب الدفع بعدم الدستورية مناطة بأن يكون هناك دعوى مرفوعة أمام القضاء، ويراد تطبيق قانون معين على أحد الخصوم، فيدفع صاحب الشأن أمام القضاء بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه عليه، فإذا ما اتضح للقضاء مخالفة القانون للدستور، امتنع عن تطبيقه في خصوص الدعوى المطروحة، ويكون للحكم الصادر في هذا الشأن بعدم الدستورية حجية نسبية فقط، وتختص جميع المحاكم في الدولة أياً كان نوعها وأياً كانت درجتها بقبول هذه الدفوع والفصل فيها.

غير أن بعض الدساتير الحديثة التي اعتنقت النظام القضائي في رقابة دستورية القوانين قد عملت على الجمع بين طريقي هذه الرقابة، فمزجت بين وسيلة الدفع الفرعي ووسيلة الدعوى الأصلية بعدم الدستورية مع الأخذ بفكرة مركزية الرقابة.

وتبعاً لذلك أجازت هذه الدساتير الطعن في دستورية القوانين أثناء نظر دعوى قضائية مرفوعة ويراد فيها تطبيق قانون معين، فيدفع أحد الخصوم بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه أمام المحكمة المنظورة أمامها الدعوى، وفي هذه الحالة لا تتعرض المحكمة للفصل في صحة الدفع، أي لا تنظر في أمر الدستورية، وإنما يكون عليها أن توقف نظر الدعوى وتحيل الطعن في دستورية القانون إلى المحكمة العليا المختصة وحدها بالفصل في دستورية القانون[1]، وتجعل الدساتير للحكم الصادر من المحكمة العليا بعدم دستورية القانون المتنازع على دستوريته قوة إلغاء ذلك القانون ويكون لهذا الحكم حجية مطلقة تجاه الكافة، لذلك تنص الدساتير التي تتبنى هذا الأسلوب في الرقابة على ضرورة

---

(١) وقد تجيز بعض الدساتير بجوار الاسلوب السابق اي اسلوب الدفع المقرون برفع دعوى عدم الدستورية اسلوب الدعوى الاصلية امام المحكمة العليا مباشرة، وحينئذ يكون للقضاء ان يراقب الدستورية عن طريق الدفع المقرون برفع دعوى عدم الدستورية، وكذلك عن طريق الدعوى الأصلية مباشرة أمام المحكمة العليا.

نشر مثل هذه الأحكام بنفس الطريقة التي تنشر بها القوانين العادية.

تطبيقات هذا الأسلوب:

ومن أمثلة الأنظمة الدستورية التي تبنت أسلوب الرقابة عن طريق الدفع المقرون برفع دعوى عدم دستورية القوانين.

١ ـ النظام الصومالي:

إذ أجاز الدستور الصومالي الصادر عام ١٩٦٠ الطعن بعدم دستورية القانون أثناء نظر دعوى قضائية مرفوعة، فيتقدم صاحب الشأن (الفرد أو المدعي العام للمحكمة التي تنظر الدعوى) ويدفع بعدم دستورية القانون، كما يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أن تثير مسألة دستورية القانون، وفي كل الحالات يكون على المحكمة أن توقف الفصل في الدعوى، وتحيل الطعن في دستورية القانون إلى المحكمة العليا حتى تتخذ بشأنه حكماً ملزماً، ويكون الحكم الصادر في هذا الخصوص ملغياً للقانون وحائزاً لحجية مطلقة تجاه الكافة، وقد تطلب الدستور الصومالي وجوب نشر الأحكام الصادرة من المحكمة العليا بعدم الدستورية بذات الطريق الذي ينشر به القانون[1].

٢ ـ النظام الإيطالي:

تتم الرقابة أيضاً في ظل الدستور الإيطالي الصادر عام ١٩٤٨ عن طريق الدفع الفرعي المقرون برفع دعوى عدم الدستورية، فإذا أثار أحد الأفراد طعناً بعدم دستورية قانون ما يراد تطبيقه عليه في صدد دعوى مرفوعة، وتبين للمحكمة أن الفصل في الدستورية لازم للفصل في الدعوى، وأن الدفع ظاهر الجدية، تعين عليها ان توقف الفصل في الدعوى وتحيل الدفع إلى

(١) انظر الدكتور ثروت بدوي، المرجع السابق، ص١٣٥، والدكتور شمس مرغنى علي، المرجع السابق. ص١٩٣.

المحكمة الدستورية للفصل فيه[١].

كما يجيز الدستور الإيطالي لأي محكمة أن تثير مسألة الدستورية من تلقاء نفسها، إذا ما تشككت في دستورية قانون واجب التطبيق على واقعه الدعوى التي تنظرها، ورأت أن الحكم في الدعوى يتوقف على الفصل في دستوريته، وفي هذه الحالة يكون على المحكمة أن توقف الدعوى، وأن تحيل مسألة الدستورية بقرار مسبب إلى المحكمة الدستورية. ويكون لحكم المحكمة الدستورية الصادر في هذا الخصوص حجية مطلقة وملغياً للقانون، ولذا أوجب الدستور الإيطالي نشر هذه الأحكام بالجريدة الرسمية، ووقف نفاذ القوانين المقضي بعدم دستوريتها من اليوم التالي لنشر الأحكام الصادرة بشأنها[٢].

هذا ويلاحظ أنه يوجد بجوار الوسيلة السابقة (وسيلة الدفع المقرون برفع دعوى عدم الدستورية) وسيلة أخرى للطعن بواسطة الدعوى الأصلية، إذ تختص المحكمة الدستورية بنظر دعاوى الإلغاء التي ترفعها الدولة بشأن عدم دستورية أي قانون تصدره الجمعية التشريعية لأحد الأقاليم ذات الحكم الذاتي، وكذلك الدعاوى التي تطعن بواسطتها الأقاليم بعدم دستورية قانون من قوانين الدولة أو عدم دستورية قانون صادر في إقليم آخر[٣].

والذي يلاحظ على هذا الأسلوب الرقابي (الذي يجمع بين الدفع والدعوى بعدم الدستورية) أنه يتلافى عيب احتمال تناقض الأحكام الذي قد ينتج عن الأخذ بنظام طريق الدفع الفرعي، إذ يعطي للمحكمة الدستورية وحدها سلطة الفصل في الدفع بعدم الدستورية، الأمر الذي يؤدي إلى تثبيت المراكز القانونية واستقرارها.

---

(١) ويكون ذلك باعتبارها مسألة أولية Une question prejudicielle للفصل في الدعوى الأصلية

Bernard Chantebout, op. cit, P. 52

(٢) الدكتور علي السيد الباز، الرسالة السابقة، ص٣٤٩.

(٣) الدكتور علي السيد الباز، الرسالة السابقة، ص٣٤٤.

الفصل السادس

انتهاء الدساتير

La fin des constitutions

يقصد بانتهاء الدستور الإلغاء الشامل والكلي لجميع نصوصه وذلك دون الوقوف عند حد تعديلها تعديلاً جزئياً(١).

وتبدو الحاجة إلى إلغاء الدستور إلغاءً كلياً أي بصفة نهائية عندما يتضح عدم ملاءمته ومسايرته لتطور النظام السياسي المطبق في الدولة والظروف التي تحيط به، وتعجز التعديلات الجزئية لنصوص الدستور في ذات الوقت عن ملاحقة هذا التطور. عندئذ تتسع الفجوة بين النصوص القانونية وواقعها التطبيقي، وتبدو الحاجة إلى إنهاء العمل بالدستور وإلغائه والاستعاضة عنه بآخر جديد.

وإذا كانت الدساتير تنص عادة على كيفية التعديل وتحديد السلطة المختصة بإجراء التعديلات الجزئية، والإجراءات الواجب اتباعها في هذا الخصوص، فإن غالبيتها لا تتعرض إلى كيفية إلغائها إلغاءً كلياً(٢).

أياً ما كان الأمر فإنه يبين من استقراء التجارب الدستورية في هذا الخصوص

---

(١) Julien Laferrière, op. cit, P. 301

(٢) لذلك يرى بعض الفقه ان مرحلة انتهاء الدساتير هي من المسائل التي لا تدخل في دراسة القانون الدستوري، ذلك ان الدساتير لا تواجه هذا الموضوع ولا تنظم طريقة الغائها.
راجع الدكتور يحيى الجمل، المرجع السابق، ص٩٧، والدكتور سعد عصفور، المرجع السابق، ص٢١٥.

أن هناك إسلوبين لانتهاء الدساتير، الأول هو الأسلوب العادي والآخر هو الأسلوب الثوري[1].

وسوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين متتاليين على النحو التالي:

المبحث الأول: في الأسلوب العادي لانتهاء الدساتير.

المبحث الثاني: في الأسلوب غير العادي (أو الثوري) لانتهاء الدساتير.

---

(١) يضيف الفقه الفرنسية الى الأسلوبين السابقين لانتهاء الدساتير اسلوب ثالث وهو امكان نشوء عرف دستوري بعدم تطبيق الدستور.

راجع في ذلك Julien Laferrière, op. cit, P. 305

وانظر في الاشارة الى هذا الرأي أيضاً، الدكتور محمود حلمي، المبادىء الدستورية العامة ١٩٦٦، ص٨٥، والدكتور عبد الحميد متولي، المفصل في القانون الدستوري ١٩٥٢، ص١٢٣ ومؤلفه القانون الدستوري والانظمة السياسية ١٩٦٦، ص٧٢، هامش رقم ١.

غير ان هذا الرأي لم يلق قبولاً لدى بعض الفقه، وهو الجدير بالتأييد، ذلك أن العرف الدستوري لا يمكن ان يلغي نصاً دستورياً، ومن باب أولى لا يتصور ان يلغى في البلاد ذات الدساتير الجامدة دستوراً بأكمله.

راجع الدكتور رمزي طه الشاعر، المرجع السابق، ص٢٦٦، هامش ١

هذا بالإضافة الى ان التاريخ لم يقدم لنا سوى مثال واحد لدستور جرى العرف على عدم تطبيقه بعد اصداره، وهو الدستور الفرنسي الصادر عام ١٧٩٣ ثاني دساتير عصر الثورة الفرنسية لذلك يغفل الفقه الحديث هذا الأسلوب الأخير.

انظر الدكتور عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والانظمة السياسية ١٩٦٦ ص٧٢ هامش ١

المبحث الأول

الاسلوب العادي لانتهاء الدساتير

الإلغاء

«Abrogation»

يقصد بالأسلوب العادي لانتهاء الدستور إلغاء الدستور وانتهاء العمل به بهدوء وبغير عنف، والاستعاضة عنه بدستور آخر جديد(١).

ولا يثير هذا الموضوع إشكالاً أو صعوبة بالنسبة للدساتير المرنة، ذلك أن تعديلها جزئياً أو كلياً أي إلغاءها يكون عن طريق نفس السلطة وذات الإجراءات المتبعة في شأن تعديل وإلغاء القوانين العادية(٢). ففي دولة كانجلترا يملك البرلمان - من الناحية القانونية - أن يعدل جزئياً أحكام الدستور بنفس الكيفية التي تعدل بها ذات الأحكام التشريعية العادية، كما يملك البرلمان أيضاً أن يعدل أحكام الدستور تعديلاً شاملاً أي إلغاءها وبذات الإجراءات. التي تتبع في شأن الغاء القوانين العادية.

أما بالنسبة للدساتير الجامدة فقد تنص الدساتير - وهو أمر نادر الحدوث - على طريق تعديلها تعديلاً كلياً، فتحدد السلطة المختصة بذلك والإجراءات القانونية الواجب اتباعها في هذا الخصوص(٣). وفي هذه الحالة يجري التعديل الشامل للدستور أي إلغائه عن طريق السلطة التي عينتها الدساتير وتبعاً للإجراءات التي حددتها(٤).

غير أن معظم الدساتير وإن تضمنت النص على كيفية تعديلها تعديلاً جزئياً

---

(١) الدكتور يحيى الجمل، المرجع السابق، ص٩٧، والدكتور عبد الفتاح حسن، المرجع السابق، ص٨٥.

(٢) الدكتور محمد كامل ليله، المرجع السابق، ص٩٣، الدكتور محمود حلمي، المبادىء الدستورية العامة، ص٨٤.

(٣) كما هو الشأن بالنسبة للدستور الفرنسي الصادر عام ١٨٧٥.

Julien Laferrière, op. cit, P. 302

(٤) الدكتور سعد عصفور، المرجع السابق، ص٢١٥.

إلا أنها ـ كما سبق وذكرنا ـ ، لا تتضمن النص على كيفية تعديلها تعديلاً كلياً أي الغائها. وهنا يثور التساؤل عما إذا كان يجوز للسلطة التي تملك بمقتضى نصوص الدستور إجراء التعديل الجزئي حق إجراء تعديل الدستور تعديلاً كلياً أي شاملاً؟

يكاد الإجماع ينعقد بين فقه القانون الدستوري[1] على منع السلطة التي تملك حق تعديل الدستور تعديلاً جزئياً من حق التعديل الكلي أو الشامل للدستور[2]، فهذا الحق (التعديل الشامل) يكون منوطاً بالأمة وحدها ـ في النظم الديمقراطية ـ باعتبارها صاحبة السلطة التأسيسية الأصلية[3]، فهي تستطيع أن تضع دستوراً جديداً يساير تطور البيئة وما يحيط بالمجتمع من ظروف تدفع إلى التغيير.

وحينما تقوم الأمة ـ في النظم الديمقراطية ـ باعتبارها صاحبة السلطة التأسيسية الأصلية بإلغاء الدستور القائم ووضع دستور آخر جديد فإن ذلك يتم عادة عن طريق جمعية تأسيسية تنتخب لهذا الغرض أو عن طريق استفتاء دستوري[4].. أما في النظم غير الديمقراطية فإن وضع الدستور الجديد يتم إما

(١) راجع في هذا الخصوص، الدكتور عبد الفتاح حسن، المرجع السابق، ص٨٥، والدكتور سعد عصفور، المرجع السابق، ص٢١٥، الدكتور رمزي طه الشاعر، المرجع السابق، ص٢٢٦، الدكتور محمد كامل ليله، المرجع السابق، ص٩٣، والدكتور كمال الغالي، مبادىء القانون الدستوري والنظم السياسية ١٩٦٨، ص١٥٥.

(٢) ويرد الفقه منع السلطة المختصة بالتعديل الجزئي للدستور من حق التعديل الكلي والشامل له، الى ان هذه السلطة هي سلطة منشأة مثلها في ذلك مثل السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية، فإذا ما أقدمت على تعديل الدستور تعديلاً كلياً أو حاولت حق المساس بفكرته الأساسية، فانها تتخطى بذلك حدود اختصاصها، وتجعل من نفسها وبقرار منها سلطة تأسيسية اصلية وهو ما لا يجوز. الدكتور عبد الفتاح حسن، المرجع السابق، ص٨٥.

(٣) Julien Laferriere, op. cit, P. 302

الدكتور سعد عصفور، المرجع السابق، ص٢١٥، والدكتور محسن خليل: النظم السياسية والدستور اللبناني ١٩٧٩، ص٦٩٠.

(٤) الدكتور محسن خليل: النظم السياسية والدستور اللبناني ١٩٧٩، ص٦٩٠ والدكتور رمزي طه الشاعر، المرجع السابق، ص٢٢٦.

عن طريق السلطة الحاكمة وحدها ، أو عن طريق هذه السلطة الأخيرة بالاشتراك مع الشعب على نحو ما سبق أن رأينا بشأن أساليب نشأة الدساتير .

وليس من الضروري أن تكون السلطة التأسيسية التي تضع الدستور الجديد هي ذات السلطة التأسيسية التي وضعت الدستور القديم المراد إلغاؤه ، فقد يكون الدستور القديم قد تم وضعه عن طريق المنحة أو العقد أي عن طريق الحاكم أو الحاكم والشعب معاً ، بينما يتم وضع الدستور الجديد بطريق الجمعية التأسيسية أو بطريق الاستفتاء الدستوري(١) ، أي عن طريق الشعب وحده .

هذا ويلاحظ أن الدستور الجديد قد يحرص على النص على إلغاء الدستور القديم ، غير أن هذا الإلغاء قد يستفاد بطريق ضمني ، وذلك عندما تتعارض أو تتنافر الأفكار أو الفلسفات التي يقوم عليها الدستور الجديد مع تلك التي كان يقوم عليها الدستور القديم ، أو عندما يتناول الدستور الجديد كافة الموضوعات التي تضمنها الدستور القديم بالتنظيم(٢) .

هذا فيما يتعلق بإلغاء الدساتير المكتوبة مرنة كانت أو جامدة ، أما فيما يتعلق بإلغاء الدساتير العرفية ، فإن الأمر يكون أكثر يسراً إذ ينتهي العمل بها بنفس أسلوب نشأتها ، بمعنى أنه يكفي في هذا الخصوص أن تنشأ أعراف دستورية مخالفة للأعراف المستقرة ، أو أن يصدر قانون عادي من السلطة المختصة بإلغاء هذه الأعراف ، فالبرلمان الانجليزي يملك - كما قلنا - أن يعدل الأحكام الدستورية في انجلترا تعديلاً شاملاً ، مما يعتبر إلغاءً كلياً وشاملاً لها ، بقانون عادي .

---

(١) الدكتور يحيى الجمل ، المرجع السابق ، ص٩٧ ، والدكتور عبد الفتاح حسن ، المرجع السابق ، ص٨٦ .

(٢) الدكتور عبد الفتاح حسن ، المرجع السابق ، ص٨٦ .

Julien Laferrière, op. cit, P. 302

المبحث الثاني
الاسلوب غير العادي لانتهاء الدساتير
(الاسلوب الثوري)

يقصد بالأسلوب غير العادي أو الأسلوب الثوري لانتهاء الدساتير إنهاء العمل بالدساتير أو إلغائها عن طريق الثورة أو الإنقلاب، وبمعنى آخر انتهائها بالطريق الفعلي لا بالطريق القانوني، ويشهدنا التاريخ على انهيار كثير من الدساتير إثر الحركات الثورية سواء تمثلت هذه الحركات في ثورات أو انقلابات[1].

---

(١) وفي بيان مدى اهمية الدور الذي تلعبه الثورات في انهاء حياة الدساتير راجع
Julien Laferrière, op. cit, P. 303

R. Carre de malberg: contribution à la théorie générale de l'Etat T II, P. 495.

ويشير كاريه دي ملبرج في هذا الخصوص الى ان جميع الدساتير الفرنسية وهي تبلغ ١٦ دستوراً منذ الثورة الفرنسية قد سقطت عن طريق الثورة أو الانقلاب، وذلك باستثناء دستور ١٧٩٣ الذي لم يطبق بتاتاً والذي ولد ميتاً Mort née على حد قول الفقه الفرنسي، وكذلك دستور ١٨٧٥ الذي الغي بعد احتلال الالمان للعاصمة الفرنسية عام ١٩٤٠.

وكذلك تم الغاء الدستور المصري الصادر عام ١٩٢٣ وبهذه الطريقة مرتين: الأولى كانت على يد حكومة صدقي باشا عام ١٩٣٠، والثانية كانت على يد ثورة ٢٣ وليو في ديسمبر عام ١٩٥٢. الدكتور عبد الحميد متولي: القانون الدستوري والانظمة السياسية ١٩٦٦، ص٧٦.

وقد تم أيضاً اسقاط جميع الدساتير السورية عن طريق انقلاب. فدستور ١٩٢٨ سقط بانقلاب ١٩٤٩، ودستور ١٩٥٠ سقط بانقلاب ١٩٥١ واعيد العمل به في عام ١٩٥٤، وسقط مرة أخرى بقيام الجمهورية العربية المتحدة، ودستور الجمهورية العربية المتحدة قد سقط بانقلاب ١٩٦١ على أثر الانفصال بين مصر وسوريا، وسقط دستور ١٩٦٢ بانقلاب ٨ آذار ١٩٦٣، وكذلك قد تم سقوط اغلب دساتير اميركا الجنوبية، واغلب الدساتير الاوروبية اثر حركات ثورية او انقلابات عقب الحرب العالمية الاولى. انظر الدكتور كمال الغالي: مبادىء القانون الدستوري والانظمة السياسية، ص١٥٨.

ونظراً لأهمية الدور الذي تلعبه الثورات أو الانقلابات في انهاء الدساتير، فقد غدت على حد قول الفقه، وسيلة عادية لانهاء الدساتير واسقاطها، وأن الاجراءات التي تنص الدساتير على اتباعها من اجل تعديلها لا يمكن اتباعها الا في حالة التعديلات الجزئية التي تجري داخل =

ويميز بعض الفقه الدستوري بين الثورة والانقلاب من حيث الهيئة التي تقوم بالنشاط الثوري ، فالثورة Révolution تصدر عن الشعب وتنبع منه ، أما الانقلاب Coup d'Etat فيصدر عن السلطة الحاكمة[١] أو طائفة معينة[٢].

والراجح فقهاً أن الفارق الجوهري بين الثورة والانقلاب لا يكمن في مصدر القائم بالحركة ، وإنما يكمن في الهدف الذي ابتغاه مصدر الحركة . فإذا كان الهدف من الحركة تغيير النظام السياسي[٣] والاجتماعي[٤] والاقتصادي السائد في الدولة وإحلال نظام جديد محله غدت الحركة ثورة .

أما إذا كان الهدف من الحركة هو تغيير الحكومة القائمة بطريق العنف وإحلال حكومة جديدة محلها ، أي إذا كان الهدف هو مجرد الاستئثار بالسلطة دون تغيير النظام القانوني السائد في الدولة غدت هذه الحركة انقلاباً .

وعلى هذا النحو تهدف الثورة إلى إقامة نظام سياسي واجتماعي واقتصادي جديد على أنقاض النظام القديم . بينما يهدف الانقلاب إلى استبدال حاكم بآخر وتغيير في الأوضاع السياسية فقط[٥].

= إطار الانظمة القانونية القائمة . الدكتور عبد الحميد متولي ، المرجع السابق ، ص٧٧ ، الدكتور كمال الغالي . المرجع السابق ، ص١٥٧ .

(١) راجع في هذا الرأي الدكتور سعد عصفور ، المرجع السابق ، ص٢١٦ ، والدكتور عبد الحميد متولي : القانون الدستوري والانظمة السياسية ١٩٦٦ ، ص٧٣ .

(٢) كقيام رئيس الوزراء أو وزير الدفاع أو قائد الجيش باجراء تغيير في شئون الحكم من غير اتباع لاحكام الدستور ونصوصه.

(٣) وذلك كتغيير نظام الحكم في الدولة من نظام ملكي إلى نظام جمهوري أو من نظام رئاسي إلى نظام برلماني ، أو بالعكس.

(٤) وذلك كالقيام بالاخذ بالنظام الاشتراكي بدلاً من النظام الرأسمالي وما يترتب على ذلك ازالة للفوارق الاجتماعية بين الطبقات داخل المجتمع.

(٥) راجع في التفرقة بين الثورة والانقلاب الدكتور عبد الحميد متولي : القانون الدستوري والانظمة السياسية ١٩٦٦ ، ص٧٣ ، الدكتور فؤاد العطار ، المرجع السابق ، ص٣٢٦ ، الدكتور محمود حلمي : المبادىء الدستورية العامة ، ١٩٦٦ ، ص٨٨ ، الدكتور محسن خليل ، المرجع السابق ، ص٦٩١ ، الدكتور عبد الفتاح حسن ، المرجع السابق ، ص٨٦ ، الدكتور محمد كامل ليله ، المرجع .

وتبعاً لذلك فإن الثورة تهدف إلى صالح الجماعة بأسرها ، أما الإنقلاب فيهدف إلى صالح الفرد أو الجماعة التي قامت به عن طريق الاستيلاء على السلطة بطريق غير شرعي ، والحقيقة أنه إذا كان يترتب على الثورة أو الإنقلاب ـ من حيث الواقع ـ الاستيلاء على السلطة ، فإن هذا الإستيلاء يعد في نظر القائمين بالثورة وسيلة لتحقيق غاية وهي تغيير المجتمع ، دون أن تعتبر الثورة غاية في ذاتها ، بينما يعتبر الإستيلاء في نظر القائمين بالانقلاب هدفاً وغاية لذاتها[1] .

الثورة الجزئية والثورة الشاملة

يذهب بعض الفقه الدستوري إلى التفرقة بين ما يسمى بالثورة الجزئية أو الثورة الصغرى La revolution partielle ou mineure وهي التي تهدف إلى تغيير النظام السياسي فحسب ، وبين ما يسمى بالثورة الشاملة La revolution intégrale وهي التي تتعدى تغيير النظام السياسي إلى تغيير مماثل في النظام الاجتماعي والاقتصادي[2] .

ويرى هذا الفقه أن الثورة يمكن أن تستهدف تغيير النظام السياسي وحده ، فقد يكون هناك شعب يرغب في الأخذ بنظام الملكية المقيدة بدلاً من نظام الملكية الاستبدادية ، ويقوم بثورته لتحقيق هذا الهدف وحده دون أن

= السابق ، ص٩٣ ، الدكتور كمال الغالي ، المرجع السابق ، ص١٥٥ ، الدكتور مصطفى ابو زيد فهمي : النظام الدستوري للجمهورية العربية المتحدة ، ١٩٦٦ ، ص٢١٣ .

(١) الدكتور عبد الفتاح حسن ، المرجع السابق ، ص٨٧ .
ومثال ذلك ان يعمد القائم بالانقلاب الى الغاء الدستور وانشاء آخر محله يزيد من سلطاته ويجعل لها صفة دكتاتورية كما هو شأن الانقلاب الذي قام به نابليون عام ١٧٩٩ ، ونابليون الثالث عام ١٨٥١ اذ الغى كل منهما الدستور القائم وأنشأ دستوراً جديداً مكنه من الاستئثار بالسلطة بأن هيأ له سلطة ذات صبغة دكتاتورية . انظر الدكتور عبد الحميد متولي : القانون الدستور والانظمة السياسية ١٩٦٦ ، ص٧٤ .

(٢) الدكتور مصطفى ابو زيدفهمي :النظامالدستوري للجمهورية العربية المتحدة ١٩٦٦ ، ص٢١٥ .

يهدف إلى تغيير في النظام الاجتماعي والاقتصادي للدولة[1].

غير أن البعض الآخر من الفقه لم يسلم بهذا النظر ورأى أن من الصعب تصور ثورة تصيب النظام السياسي وحده دون أن تمس النظام الاجتماعي والاقتصادي في الدولة، فالثورة وإن هدفت إلى الإستيلاء على الحكم فإنها لا تفعل ذلك لمجرد الاستمتاع أو اللذة به، وإنما يكون ذلك بقصد إحداث تغيرات جذرية في النظم الاجتماعية والاقتصادية، فالبناء الجديد الذي تستهدفه الثورة لا يقف عند حد المجال السياسي، وإنما يجب أن يمتد هذا البناء إلى المجالين الاجتماعي والاقتصادي بل وإلى جميع شئون الحياة في الدولة[2].

ويخلص هذا الرأي إلى أن الحركات الثورية التي لا تتعدى تعديل الأوضاع السياسية لا تعتبر ثورة بالمعنى الصحيح، ولا تخرج عن كونها انقلاباً، فالثورة تعتبر في حقيقتها حركة تجديد وتغيير شامل وعميق لمختلف الشئون في الدولة، ونحن نرى أنه وإن أمكن تصور قيام ثورة سياسية بحتة من الوجهة النظرية: حينما يقتصر هدف القائمين بها على إحلال نظام سياسي جديد محل النظام السياسي القديم دون أن يتضمن الأمر مساساً بالنظام الاجتماعي والاقتصادي. فإنه يجب أن نلاحظ أن هذه الثورات ما تلبث - من حيث الواقع - أن تحدث آثاراً لا يمكن إغفالها في المجالات الاجتماعية والاقتصادية، وبمعنى آخر إن الثورة السياسية البحتة ما تلبث أن تتحول إلى ثورة شاملة فتحدث تغييراً في

---

(١) وقد ذكر الفقه كمثال للثورات السياسية البحتة الثورة الفرنسية الكبرى عام ١٧٨٩ حيث انحصرت آثار هذه الثورة - في نظره - في نظام الحكم اي في المجال السياسي، دون ان تحدث تغييراً مماثلاً في المجالين الاقتصادي والاجتماعي اذا اكتفت باقرار الوضع السابق والذي استند على مبادىء المذهب الحر.

راجع الدكتور مصطفى ابو زيد المرجع السابق، ص٢١٥ ويأخذ بوجهة هذا النظر الدكتور عبد الحميد متولي: راجع مؤلفه: القانون الدستوري والانظمة السياسية ١٩٦٦، ص٧٣.

(٢) الدكتور محمد كامل ليله، المرجع السابق، ص٩٤ وما بعدها، والدكتور محمود حلمي: المبادىء الدستورية العامة ١٩٦٦، ص٨٩، وانظر في عرض هذا الرأي، الدكتور مصطفى ابو زيد فهمي: النظام الدستوري للجمهورية العربية المتحدة ١٩٦٦ ص٢١٤.

القيم الاجتماعية والاقتصادية والأخلاقية.

وإذا كانت الثورة تختلف عن الإنقلاب من وجهة النظر السياسية على النحو السابق إبرازه، إلا أن الفقه الدستوري لا يميز بين الثورة Révolution والانقلاب Coup d'Etat من وجهة النظر القانونية، فيستعمل الفقه تعبير الثورة بمعنى واسع ليدل على كل حركة اتصفت من الناحية السياسية بوصف الثورة أو الإنقلاب، إذ يقوم كل منهما على تجاهل الإطار القانوني القائم ويحدثا تغييراً في الأوضاع السياسية أو الدستورية لا تسمح بإحداثها النصوص الدستورية المعمول بها، لذلك نجد الفقهاء حين يتكلمون عن النتائج القانونية للثورة، أو عن أثر الثورة على الدستور والقوانين القائمة أو عن مسألة تبرير الثورة من الناحية القانونية، فإنهم يعنون الثورة أو الإنقلاب(١) على حد سواء.

ونحن إذ نتعرض لموضوع أثر الحركات الثورية على الدستور القائم والتشريعات المطبقة في الدولة، فإننا نعني بذلك الثورة أو الإنقلاب.

أثر الثورة على الدستور القائم والقوانين العادية المطبقة:

قد تتوج الثورة بالنجاح وقد تبوء بالفشل. ولا شك أن الثورة إذا لم يكتب لها النجاح والتوفيق فلن يكون لها تأثير مباشر على النظام السياسي القائم ولا على الدستور أو القوانين المطبقة، وذلك أياً كان نبل وسمو الأغراض التي قامت هذه الثورة من أجل تحقيقها وسوف يعتبر القائمون بالثورة أو مدبرو الإنقلاب عناصر فوضوية مخربة وشرذمة معادية للنظام القائم. وسوف تقدمهم الحكومة القائمة للمحاكمة بتهمة التآمر على سلامة البلاد ومحاولة قلب نظام الحكم بالقوة والمساس بأمن الدولة.

أما إذا كتب النجاح للثورة فسوف تنقلب الصورة تماماً إذ يعد زعماء

(١) راجع في ذلك الدكتور محمود حلمي: المبادىء الدستورية العامة ١٩٦٦، ص٨٨، والدكتور عبد الحميد متولي: القانون الدستوري والانظمة السياسية ١٩٦٦، ص٧٦.

الحركة الثورية وطنيين أمناء على صالح البلاد، وتسقط الحكومة القائمة لتفسح مكانها لحكومة الثورة أو الحكومة الواقعية، وسوف تعمل هذه الحكومة الجديدة جاهدة على أن تقدم قيادات الحكومة القديمة للمحاكمة بتهمة الخيانة العظمى واستغلال نظام الحكم، على أنه يثور التساؤل في هذا الخصوص عن أثر الثورة - وذلك في حالة نجاحها - على الدستور القائم والقوانين العادية المطبقة في الدولة؟

أثر نجاح الثورة على الدستور القائم:

ذهب غالبية الفقه الدستوري إلى أن نجاح الثورة يؤدي على الفور إلى سقوط الدستور القائم، متى تنافت أحكامه مع الأهداف المبتغاة من قيام الثورة وذلك منذ اللحظة التي تستقر فيها حكومة واقعية محل الحكومة القانونية[1].

وإذا ما أعلن سقوط الدستور من جانب القائمين بالثورة، أو نص في الدستور الذي وضع بعد نجاح الثورة على إلغاء الدستور القديم، فهذا الإعلان أو ذلك النص لا يعتبر منشئاً لوضع قانوني جديد، وإنما يكون مقرراً وكاشفاً لحالة واقعة ووضع حدث فعلاً بقيام ونجاح الثورة. فسقوط الدستور إذن قد ترتب على نجاح الثورة أو الانقلاب، وما الإعلان أو النص على ذلك إلا تأكيداً وتقريراً لمسألة تمت وانتهى أمرها[2]. وتبعاً لذلك انتهى هذا الفقه إلى أن

---

(١) الدكتور محسن خليل، المرجع السابق، ص٦٩١، الدكتور كمال الغالي، المرجع السابق، ص١٥٨، الدكتور فؤاد العطار، المرجع السابق، ص٣٢٧.

Julien Laferrière, op. cit, P. 303.

R. Carre de Malberg: contrebution à la theorie générale de l'Etat T 2, P. 497.

وقد شايع هذا الرأي كل من

Esmein, Berihelemy et Duez Liet vaux

مشار اليهم في مؤلف لافريير سالف الذكر ص٣٠٣.

(٢) الدكتور رمزي طه الشاعر، المرجع السابق، ص٣٢٨، الدكتور محمود حافظ: الوجيز في النظم السياسية ١٩٧٦، ص٣١٩.

Julien Laferrière, op. cit, P. 303

الإعلان الدستوري الصادر عن القائد العام للقوات المسلحة في ١٠ ديسمبر ١٩٥٢ والذي أعلن فيه سقوط دستور ١٩٢٣ لا يعتبر منشئاً لوضع قانوني جديد، وإنما مقرراً وكاشفاً لهذا السقوط الذي تم منذ نجاح ثورة ٢٣ يوليو ١٩٥٢ أي منذ قيامها[١].

وذهب جانب آخر من الفقه الدستوري إلى أن سقوط الدستور لا يتم على الفور بمجرد قيام الثورة ونجاحها، بل يتوقف الأمر على موقف رجال الثورة من الدستور، فقد يرون تطبيق أحكام الدستور ذاته باعتباره إطاراً صالحاً لتنفيذ معتقداتهم الجديدة، فلا تكون الثورة موجهة ضد نظام الحكم، وإنما تكون موجهة ضد فساد أداة الحكم هادفة إصلاح هذا الفساد[٢]. وفي هذه الحالة يظل الدستور قائماً رغم نجاح الانقلاب أو الثورة، ولكنه يبقى إلى أن يلغى صراحة أو ضمناً بإعلان دستور جديد أو بالشروع في إعداده[٣]. وتبعاً لذلك ذهب هذا الفقه إلى القول بأن الثورة المصرية التي قامت في ٢٣ يوليو عام ١٩٥٢ لم تؤد حين قيامها إلى سقوط دستور ١٩٢٣ مباشرة، فهي لم تكن موجهة ضد نظام الحكم أي ضد الدستور، بل كانت موجهة ضد العبودية التي كانت سائدة وقتذاك، أي كانت ضد فساد وطغيان أداة الحكم وبخاصة رأس هذه الأداة وهو رئيس الدولة، ولم تتطور الثورة من ثورة ضد أداة الحكم إلى ثورة ضد

(١) الدكتور رمزي طه الشاعر، المرجع السابق، ص٣٢٩، الدكتور محسن خليل، المرجع السابق، ص٦٩٨، والدكتور فؤاد العطار، المرجع السابق، ص٣٢٧.

(٢) من هذا الرأي الدكتور عبد الحميد متولي: القانون الدستوري والانظمة السياسية ١٩٦٦ ص٨٣، الدكتور محمود حلمي: المبادىء الدستورية العامة ١٩٦٦، ص٩٨، الدكتور عبد الفتاح حسن، المرجع السابق، ص٨٨، والدكتور محمد كامل ليله، المرجع السابق، ص١٠٨.

(٣) الدكتور عبد الحميد متولي، المرجع السابق، ص٨٣ وما بعدها، الدكتور محمود حلمي، المرجع السابق، ص٩٨، ويتطلب الدكتور عبد الحميد متولي لسقوط الدستور أن يكون هدف الثورة احلال فكرة جديدة للقانون محل الفكرة السائدة باعتبارها مبدأ موجهاً للحياة السياسية والاجتماعية، غير أنه قد عيب على ذلك أنه لا مجال لهذا الشرط للقول بسقوط الدستور، ولا ادل على ذلك من أن الانقلاب وحده يكفي لاسقاط الدستور مع أنه لا يهدف عادة الى اكثر من تغيير الحكام. راجع في ذلك الدكتور كمال الغالي، المرجع السابق، ص١٥٨.

نظام الحكم أي إلى ثورة تهدف إلى وضع نظام سياسي واجتماعي جديد إلا تدريجياً على مدى بضعة شهور، وحين تم ذلك التطور أعلن سقوط الدستور في ١٠ ديسمبر عام ١٩٥٢[١]. وعلى هذا النحو انتهى هذا الفقه إلى عدم صحة القول بأن الإعلان الدستوري السابق يكون مقرراً لحالة حدثت غداة الثورة، وليس منشئاً لوضع جديد، إذ يعد هذا القول محل نظر والتمسك به غير منتج[٢].

وقد أشار البعض من هذا الفقه إلى وجوب التفرقة في هذا الخصوص بين فرضين: الحكومة الدستورية والحكومة الواقعية. فقد تقوم الثورة وتأتي الحكومة الثورية إلى الحكم محترمة أحكام الدستور، فتكون الحكومة هنا حكومة دستورية، وقد تأتي الحكومة الثورية دون احترام لأحكام الدستور القائم فتنتهك هذه الأحكام ولا تقيم أي وزن لها، ولا تقوم مستنداً عليها، فتكون الحكومة هنا حكومة واقعية.

في الفرض الأول لا يسقط الدستور ولا يمكن القول بسقوطه، لأن الثورة قبلته ولو مؤقتاً. فالدستور يبقى، ولكن الثورة تستطيع إسقاطه بقرار صريح منها، فلا يترتب ذلك السقوط بمجرد نجاح الثورة.

أما في الفرض الثاني فإن الدستور يسقط مباشرة بمجرد نجاح الثورة، لأنها قامت في بادىء الأمر مغفلة لأحكام الدستور ونصوصه. وتبعاً لذلك رأى هذا الفقه أن ثورة ٢٣ يوليو قد جاءت بحكومة دستورية لا بحكومة واقعية، لذلك فإن الدستور القائم لم يسقط بمجرد نجاح الثورة وإنما احتاج هذا السقوط إلى قرار صريح منها، وهذا القرار قد تم إصداره في ١٠ ديسمبر ١٩٥٢[٣].

(١) الدكتور عبد الحميد متولي، المرجع السابق، ص٨٣، الدكتور محمود حلمي، المرجع السابق، ص٩٨. الدكتور عبد الفتاح حسن، المرجع السابق، ص٨٨ والدكتور محمد كامل ليله، المرجع السابق، ص١٠٨.

(٢) الدكتور محمد كامل ليله، المرجع السابق، ص١١٠.

(٣) الدكتور مصطفى ابو زيد النظام الدسوري للجمهورية العربية المتحدة ١٩٦٦، ص٢٢٦، وما بعدها.

على هذا النحو يسقط الدستور القائم بصفة تلقائية وآلية بمجرد نجاح الثورة تبعاً للرأي الأول، ولا يسقط بصفة تلقائية وآلية تبعاً للرأي الثاني، إلا إذا كانت الثورة موجهة ضد نظام الحكم ذاته، أو إذا كانت الثورة قد جاءت بحكومة واقعية.

أما إذا كانت الثورة موجهة ضد فساد أداة الحكم أي الحكام، أو كانت الثورة قد جاءت بحكومة دستورية تستند إلى نصوص الدستور القائم، فإن الدستور لا يسقط مباشرة بمجرد قيام الثورة ونجاحها، وإنما يبقى قائماً حتى يتم إلغاؤه بقرار صريح.

ونعتقد ان ما تفرضه الشواهد التاريخية وما يحتمه واقع الثورات لا يفرض علينا إجابة واحدة في هذا الخصوص، ذلك أن تحديد النتائج القانونية للثورة، وبصفة خاصة على الدستور القائم، يكون مرهوناً بهدف القائمين بالثورة، الأمر الذي يوجب - في رأينا - التمييز بين حالات ثلاث:

أ - فقد يكون هدف القائمين بالثورة رفضاً كاملاً وشاملاً لكل القيم التي كانت سائدة قبل القيام بثورتهم، سواء كانت هذه القيم قيماً سياسية أم اجتماعية أم اقتصادية، في هذه الحالة يترتب على قيام الثورة ونجاحها مباشرة وبصفة آلية سقوط الدستور، وقد تبقى الدولة التي قامت فيها الثورة بدون دستور مدة معينة تطول أو تقصر حتى يحين الوقت ويعود الاستقرار في البلاد، فيوضع دستور مؤقت تمهيداً لوضع دستور عادي، أو يوضع دستور عادي مرة واحدة.

فقد قامت الثورة الفرنسية وغيرت وجه الحياة السياسية في فرنسا تغييراً شاملاً، وأسقطت كل القيم السياسية والاجتماعية التي كانت سائدة قبل قيام الثورة، وقامت الثورة الشيوعية في روسيا عام ١٩١٧ وروضت كل القيم السياسية والاجتماعية والاقتصادية وأحلت محلها قيماً جديدة، وسقط على أثر نجاح هذه الثورة الدستور القائم.

ب - وقد يكون هدف القائمين بالثورة ليس الرفض الكامل والشامل لكل

القيم التي كانت سائدة ، وإنما الرفض النسبي أو الجزئي لبعض القيم دون بعضها الآخر ، وهنا لا يترتب على قيام الثورة السقوط الكلي للدستور القائم ، وإنما سقوط بعض أحكامه المناهضة لأهداف القائمين بالثورة ، وتبقى الأحكام الأخرى قائمة دون أن يمسها السقوط . الأمر إذن يتعلق بمجرد تعديل لأحكام الدستور ، وإن كان الراجح ـ كما يرى بعض الفقه ـ « إن البداية تكون هكذا ولكن استمرار الثورة يجعلها تضيق بالثوب القانوني القديم وتسعى لإحلال آخر محله »[١].

ج ـ ولكن الثورة قد لا تقوم بهدف إسقاط الدستور كله أو بعضه على النحو السابق ، ولكن كرد فعل ضد إساءة الحكام في الدولة إلى الدستور القائم وانتهاكهم لأحكامه ، وتقوم الثورة تعبيراً عن رغبة الشعب في المحافظة على الدستور والبقاء عليه وحمايته من عبث الحكام ، في هذه الحالة لا تؤدي الثورة بطبيعة الحال إلى إسقاط الدستور ، ولذا يعتبرها بيردو ضمانة من ضمانات احترام الدستور والمحافظة عليه . وإنما يظل الدستور القائم معمولاً به حتى يتم وضع دستور جديد يتم على أثره إلغاء الدستور القديم[٢].

وإذا كان يترتب على قيام الثورات في الغالب الأعم من الحالات سقوط الدستور القائم ، فإنه لا يمكن أن نحدد يوماً معيناً للقول بسقوط الدستور . الأمر إذن يعتمد على كل حال على تحليل ظروف كل ثورة ، وعلى استظهار هدف القائمين بها ونيتهم ، وإن كان من الحقائق الثابتة التي لا جدال فيها أن نجاح الثورة واستقرارها يؤذن بالضرورة بسقوط الدستور القائم[٣].

مدى الأحكام والقواعد الدستورية التي تسقط :

إذا كان الراجح فقهاً أنه يترتب على نجاح الثورة إسقاط الدستور ، فإن

---

(١) الدكتور يحيى الجمل ، المرجع السابق ، ص٩٩ .
(٢) الدكتور محمد كامل ليله ، المرجع السابق ، ص١٠٨ .
(٣) الدكتور يحيى الجمل ، المرجع السابق ، ص١٠٠ .

التساؤل يثور في هذا الخصوص عن مدى الأحكام والقواعد الدستورية التي يمسها هذا السقوط أو الإلغاء.

ذهب غالبية الفقه إلى أن هذا السقوط أو الإلغاء لا يمس من الأحكام والقواعد الدستورية إلا ما تعلق منها بنظام الحكم، ذلك أن الثورات تكون موجهة في الواقع إلى النظام السياسي في الدولة. ومن ثم لا يمس السقوط أو الإلغاء الأحكام والقواعد التالية.

أولاً: الأحكام والقواعد المقررة لحقوق الأفراد وحرياتهم:

يرى بعض الفقه أن سقوط الدستور يجب أن لا يترتب عليه أي مساس بالمبادىء المقررة لحقوق الأفراد وحرياتهم، فهذه الحقوق وتلك الحريات لا تتصل بالتنظيم السياسي في الدولة، فهي تكون واجبة التقديس والاحترام لأنها كما يقال استقرت في الضمير الإنساني بحيث غدت أسمى من النصوص الدستورية الوضعية، وتعتبر في ذاتها دستوراً فوق الدستور، فهي تمثل ما يسمى بالدستور الاجتماعي، ومن ثم فإن سقوط الدستور إثر نجاح الثورة لا يجب أن يترتب عليه مساس بهذه الحقوق وتلك الحريات[1].

على أن هذا القول وإن بدا قبوله أمراً منطقياً في عهد كانت تمس فيه الثورات أنظمة الحكم السياسية فقط إلا أنه لم يعد مقبولاً اليوم، إذ قد لا تتجه هذه الثورات إلى أنظمة الحكم السياسية بقدر ما تتجه إلى بناء أنظمة اجتماعية واقتصادية جديدة مغايرة للأنظمة القائمة، وتعمل هذه الثورات حينئذ إلى إحلال مفاهيم جديدة لحريات الأفراد وحقوقهم محل المفاهيم القديمة.

في هذه الحالة لا مناص من القول بسقوط الأحكام والقواعد المقررة لحقوق الأفراد وحرياتهم وإحلال أخرى محلها. فالثورات ذات النزعة الاشتراكية

---

(١) الدكتور محمود حافظ، المرجع السابق، ص٣١٩، وانظر في ذلك الدكتور محمد كامل ليله، المرجع السابق، ص١٠٦، والدكتور رمزي طه الشاعر، المرجع السابق، ص٣١٩.

حينما تقوم في دولة يسودها المذهب الفردي فإنها تعمل على إعطاء مفاهيم جديدة لحريات وحقوق الأفراد ، فتجعل لها طابعاً إيجابياً بدلاً من طابعها التقليدي البحت ، الأمر الذي يكون له صداه على نشاط الدولة فيصير لها دوراً تدخلياً نشطاً بدلاً من الدور السلبي البحت أي دور الدولة الحارسة . إن هذا النوع من الثورات حينما يقوم ويسقط القواعد المتعلقة بنظام الحكم ، فإنه يسقط في ذات الوقت الأحكام والقواعد المتعلقة بالحقوق والحريات الفردية تبعاً لمفهومها السائد قبل الثورة لإحلال أخرى محلها . ومن ثم فلا يكون مقبولاً القول ـ كقاعدة عامة ـ إنه لا يترتب على قيام الثورة عدم المساس بالمبادىء المقررة لحريات الأفراد وحقوقهم[1] .

ثانياً : الأحكام والقواعد الدستورية شكلاً لا موضوعاً

يتفق الفقه الدستوري على أنه لا يترتب على سقوط الدستور ـ نتيجة نجاح الثورة ـ إلغاء القواعد القانونية التي وردت في الدستور ، وتعتبر دستورية من حيث الشكل دون الموضوع ، فهذه القواعد لا تتعلق بنظام الحكم في الدولة ، ولم توضع في الدستور إلا لكي تكتسب قدسية وثباتاً ، وكل ما يترتب على نجاح الثورة بالنسبة لهذه القواعد هو إزالة صفة القوانين الدستورية عنها وتبقى كقواعد عادية ، أي تتجرد فقط من صفتها الدستورية[2] La deconstitutionnalisation revolution ومثال ذلك المادة الخامسة من الدستور الفرنسي عام ١٨٤٨ والتي كانت تنص على إلغاء عقوبة الإعدام في المسائل السياسية ، فهذه المادة قد استمر العمل بحكمها حتى بعد سقوط الدستور ، ولكن باعتبارها قاعدة قانونية عادية بعد أن جردت من صفتها الدستورية وسحبت منها هذه

---

(١) في هذا المعنى انظر الدكتور محمود حلمي ، المرجع السابق ، ص٩٩ ، الدكتور عبد الحميد متولي القانون الدستوري والانظمة السياسية ١٩٦٦ ، ص٨٤ ، الدكتور محمود حافظ ، المرجع السابق ص٣١٩ ، والدكتور كمال الغالي ، المرجع السابق ، ص١٥٩ .

(٢) Julien Laferrière, op. cit, P. 304.
R. Carre de Malberg, op. cit, T. 2, P. 577

الصفة . ومثال ذلك أيضاً المادة ٧٥ من الدستور الفرنسي للسنة الثانية ، والتي كانت تقضي بعدم جواز مخاصمة الموظف عن الأعمال المتعلقة بوظيفته أمام المحاكم العادية إلا بعد أن تأذن الإدارة بذلك ، فهذه المادة قد استمر العمل بحكمها بعد سقوط الدستور[1] ، باعتبارها قاعدة عادية وذلك بعد تجريدها من الصفة الدستورية .

على أن فكرة سحب الصفة الدستورية عن القواعد الدستورية شكلاً لا موضوعاً وإن لاقت رواجاً لدى غالبية الفقه الدستوري على النحو السابق ، فإنها لم تسلم من هجوم البعض، فلم يسلم بها على إطلاقها ، وأورد عليها هذا الفقه بعض التحفظات يمكن إجمالها فيما يلي :

فمن ناحية رأى البعض أنه وإن أمكن قبول فكرة سحب الصفة الدستورية عن هذه القواعد في حالة سقوط الدستور فور نجاح الثورة بطريقة تلقائية ، فإنه لا يمكن قبولها وإعمالها في الحالة التى لا يسقط فيها الدستور بصفة فورية وتلقائية ، أي في الحالة التي يسقط فيها الدستور بقرار صريح بعد نجاح الثورة[2] . وبمعنى آخر أنه إذا أمكن القول ببقاء بعض الأحكام الدستورية شكلاً لا موضوعاً في حالة سقوط الدستور بطريق ضمني نتيجة لنجاح الثورة ، فإنه لا يمكن القول بذلك في حالة إلغاء الدستور بطريق صريح ، ذلك أن الإلغاء الصريح يعني في هذا الخصوص إلغاء جميع نصوص الدستور ودون تفرقة بين نص وآخر .

ومن ناحية أخرى لاحظ البعض الآخر من الفقه[3] أن مهمة التمييز بين

---

(١) Julien Laferrière, op. cit, P. 305

(٢) الدكتور مصطفى ابو زيد فهمي : النظام الدستوري للجمهورية العربية المتحدة ١٩٦٦ ، ص٢٢٩ ، وفي ذات المعنى انظر الدكتور محمود حلمي : المبادىء الدستورية العامة ١٩٦٦ ، ص١٠٠ .

(٣) لذلك يذهب الدكتور مصطفى ابو زيد فهمي الى ان دستور ١٩٢٣ وقد ألغته ثورة ٢٣ يوليو الغاءاً صريحاً يعتبر الآن في حكم العدم . ولا يمكن القول بأن نصاً أو عدة نصوص منه لا تزال سارية طبقاً لهذه النظرية .

النصوص الدستورية شكلاً أو موضوعاً قد لا يكون أمراً سهلاً في كثير من الصور، إذ من النصوص الدستورية ما قد يثور الخلاف حول طبيعتها[١].

لذلك انتهى بعض الفقه إلى القول ـ بعد أن أشار إلى استمرار بعض أمثلة للنصوص الدستورية شكلاً لا موضوعاً والتي استمرت بعد سقوط الدستور بنجاح الثورة ـ إنه «لا يجوز أن يستفاد من ذلك بقاء كل نص يكون دستورياً في شكله وغير دستوري في موضوعه رغم سقوط الدستور الذي احتواه. والاتجاه الفقهي المذكور ـ القائل بنظرية سحب الصفة الدستورية ـ لا يعدو في الواقع أن يكون تفسيراً لبقاء بعض النصوص دون أن يكوّن نظرية عامة التطبيق[٢].

ونحن من جانبنا نؤيد هذا الفقه فيما ارتآه من مآخذ موضوعية على فكرة سحب الصفة الدستورية عن القواعد الدستورية شكلاً لا موضوعاً[٣]، ولا نرى القول تبعاً لذلك باستمرار نفاذ هذه القواعد رغم سقوط الدستور الذي احتواها في جميع الحالات وإنما نرى وجوب التمييز بين فرضين:

الأول: حالة سقوط الدستور إثر نجاح الثورة بصفة تلقائية وفورية، أي سقوطه بطريق ضمني. في هذه الحالة يمكن تصور إعمال نظرية سحب الصفة

---

(١) الدكتور محمود حلمي، المرجع السابق، ص١٠٠، مشايعاً في ذلك الدكتور كمال ابو المجد.

(٢) الدكتور عبد الفتاح حسن، المرجع السابق، ص٨٩.

(٣) وقد لاحظ الدكتور مصطفى ابو زيد فهمي أيضاً على فكره سحب الصفة الدستورية عن النصوص الدستورية شكلاً لا موضوعاً إنها تحكمية، اذ أن الفقه الفرنسي القائل بنظرية سحب الصفة الدستورية لم يقل «سائر النصوص الدستورية شكلاً لا موضوعاً» سوف تستمر كقانون عادي بعد سقوط الدستور، وانما قال بعض هذه النصوص هي التي تبقى معمولاً بها، وأن الأمر في هذا الخصوص مرده الاعتبارات العملية وحدها وما تكشف عنه من حاجة الى الاخذ بهذه النصوص كلها أو بعضها.

راجع مؤلفه: النظام الدستوري للجمهورية العربية المتحدة ١٩٦٦، ص٢٢٩.

الدستورية عن بعض القواعد الدستورية شكلاً لا موضوعاً دون بعضها الآخر فتسحب الصفة الدستورية عن القواعد التي لا تتعارض مع قيم الثورة ونظامها الجديد، وتظل هذه القواعد قائمة ونافذة في الدولة باعتبارها قواعد عادية، وعلى العكس من ذلك لا يمكن سحب الصفة الدستورية عن القواعد الأخرى التي تتعارض مع قيم وأهداف الثورة، ومن الطبيعي أن يكون مصير هذه القواعد هو السقوط والإلغاء شأنها في ذلك شأن القواعد الدستورية شكلاً وموضوعاً.

على هذا النحو يكون المناط في شأن إعمال نظرية سحب الصفة الدستورية عن القواعد الدستورية شكلاً لا موضوعاً - في حالة سقوط الدستور بطريق ضمني - هو تعارض أو عدم تعارض هذه القواعد مع قيم الثورة وأهدافها. وإن كان من العسير من الناحية العملية، تحديد الفيصل بين القواعد التي تتعارض وتلك التي لا تتعارض مع النظام الجديد لحكومة الثورة.

الثاني: وهو حالة سقوط الدستور وإلغائه بقرار صريح من جانب رجال الثورة. في هذه الحالة لا يمكن القول بفكرة سحب الصفة الدستورية عن القواعد الدستورية شكلاً لا موضوعاً التي احتواها الدستور، ذلك أن الدستور قد تم الغاؤه، والإلغاء يشمل بطبيعة الحال جميع ما يتضمنه الدستور من قواعد وأحكام سواء كانت دستورية شكلاً وموضوعاً، أو دستورية شكلاً لا موضوعاً.

أثر نجاح الثورة على القوانين العادية المطبقة.

من المتفق عليه أنه لا يترتب على نجاح الثورة أي مساس بالقوانين العادية المطبقة في الدولة، مثل القانون المدني والقانون الجنائي والقانون الإداري وغيره من فروع القانون المتشعبة، وتأخذ اللوائح حكم القوانين العادية في هذا الخصوص. فالتشريعات سواء كانت عادية أو فرعية لا تتأثر مطلقاً بنجاح

الثورة وتبقى قائمة ونافذة إلى أن يتم إلغاؤها بطريق صريح أو بطريق ضمني(١).

وعلة بقاء هذه التشريعات قائمة إنها لا تتعلق بنظام الحكم السياسي في الدولة وليست الثورة موجهة إليها ، وبقاء هذه التشريعات ـ كما يقول البعض ـ يعد نتيجة منطقية لمبدأ مقرر ومسلم به وهو استمرار الدولة وخلودها La cotinuité de L'Etat: على الرغم من تغيير نظام الحكم فيها(٢).

التشريعات العادية تبقى إذن إلى أن تلغى أو تعدل ، ويتوقف مدى الإلغاء أو التعديل بطبيعة الحال على مدى الفكر القانوني الجديد ، والقيم الجديدة لحكومة الثورة(٣) ومدى اتفاق هذه التشريعات أو تعارضها مع فلسفة وإيديولوجية الثورة .

---

(١) Julien Laferrière, op. cit, P. 302.

وخير شاهد في هذا الخصوص بقاء بعض القوانين الفرنسية الصادرة في العهد الملكي أو في عهد نابليون ساريه حتى الآن .ولم تؤثر في هذه القوانين الثورات المتعاقبة التي اجتاحت فرنسا ، وكذلك بقاء بعض القوانين العادية واللوائح الادارية الصادرة قبل ثورة ٢٣ يوليو في مصر دون ان يؤثر فيها نجاح هذه الثورة الى ان تم الغاء جزء كبير منها بقوانين عادية أو بلوائح .

(٢) الدكتور محمود حافظ ، المرجع السابق ، ص٣٢٠ ، الدكتور محمود حلمي ، المرجع السابق ، ص١٠٠ ، والدكتور عبد الفتاح حسن ، المرجع السابق ، ص٨٩ .

وأنظر أيضاً : Julien Laferrière, op. cit, P. 302.

(٣) الدكتور مصطفى ابو زيد فهمي : النظام الدستوري للجمهورية العربية المتحدة ١٩٦٦ ، ص٢٣٢ .

الفهرست